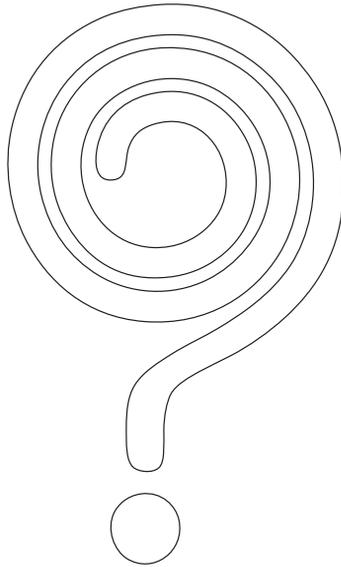


**MEMORIA HISTÓRICA:
¿SE PUEDE JUZGAR LA HISTORIA?**

MEMORIA HISTÓRICA:
¿SE PUEDE JUZGAR LA HISTORIA?



FUNDACION
Antonio Carretero

© De la edición: FUNDACIÓN Antonio Carretero
fac@juecesdemocracia.es
www.juecesdemocracia.es
Núñez Morgado 3, 4º B
28036 Madrid

Edita: Fundación Antonio Carretero

Diseño: esloqueves.es
Imprime: Imagraf Impresores
Depósito Legal: MA-2763-09

Sumario

INTRODUCCIÓN.	9
PRESENTACIÓN	
Vito Monetti. Presidente de MEDEL.	11
LA JUSTICIA EN LA HISTORIA	
Reyes Mate. Filósofo.	15
EL CASO PINOCHET	
Joan Garcés. Abogado.	29
LA INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL DURANTE Y DESPUÉS DE LA DICTADURA MILITAR DE 1973	
Juan Guzmán Tapia. Juez chileno	39
LA JUSTICIA ENTRE LA MEMORIA Y LA HISTORIA	
Denis Salas. Magistrado francés	51
LA DEMOCRACIA ENCADENADA: LA RECIENTE EXPERIENCIA GRIEGA	
Stavros Mantakiozidis. MEDEL.	55
LA «LUSTRACIÓN» EN RUMANÍA	
Dragos Calín, Horatius Dumbrava y Dana Cigan. MEDEL.	61
MEMORIA HISTÓRICA VS. IMPUNIDAD: LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL	
Javier González Vega. Catedrático de Derecho Internacional Público	67
JUSTICIA TRANSICIONAL Y ESPAÑA ¿SE PUEDE JUZGAR LA HISTORIA?	
Ramón Sáez Valcárcel. Jueces para la Democracia.	85
PERSEGUIBILIDAD PENAL DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO. APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL AL CASO ESPAÑOL. ANTECEDENTES JUDICIALES EN ESPAÑA Y EN EL EXTRANJERO	
César Estirado. Unión Progresista de Fiscales.	113
JUSTICIA TRANSICIONAL Y DERECHO PENAL EN ESPAÑA	
Josep Tamarit Sumalla. Catedrático de Derecho Penal.	129

LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LOS CRÍMENES DEL PASADO Y GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA DURANTE LA GUERRA CIVIL Y EL FRANQUISMO Lydia Vicente. Amnistía Internacional	143
LA PROLONGADA AUSENCIA DE UNA «INVESTIGACIÓN OFICIAL» EN EL CASO DE LOS DESAPARECIDOS DEL FRANQUISMO COMO VIOLACIÓN AUTÓNOMA DEL «DERECHO A LA VIDA FAMILIAR» Y «TRATO INHUMANO» A SUS FAMILIARES Miguel Ángel Rodríguez Arias. Investigador	171
CONCLUSIONES SOBRE LA MEMORIA HISTÓRICA EN ESPAÑA	235
COMUNICADO ACERCA DE LA INTRODUCCIÓN DE LIMITACIONES EN EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA	237

INTRODUCCIÓN

El Coloquio Internacional sobre la Memoria Histórica: ¿Se puede juzgar la historia?, se celebró en Madrid, los días 27 y 28 de marzo de 2009, con motivo de la reunión cuatrimestral del Consejo de Administración de M.E.D.E.L. (Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades).

Asociaciones organizadoras del mismo fueron, junto a esta última, Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, el Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación de la Universidad Carlos III de Madrid y la Fundación Antonio Carretero.

Participaron como ponentes, de forma desinteresada, el filósofo Reyes Mate, el abogado Joan Garcés, los profesores Javier González Vega y Josep Tamarit, los jueces de la Audiencia Nacional Ramón Sáez y José Ricardo De Prada, el fiscal César Estirado, el investigador Miguel Ángel Rodríguez Arias y la representante de la Sección española de Amnistía Internacional Lydia Vicente. Asimismo intervinieron para hablar de los expedientes de memoria histórica en sus respectivos países: el magistrado francés Denis Salas, la jueza rumana Dana Cigan, el fiscal griego Stavros Mantakiozidis y la hija del General Humberto Delgado, opositor al Salazarismo, asesinado por la policía política portuguesa en España, Iva Delgado. La mayor parte de estas intervenciones han sido recogidas en este libro.

Junto a ellas, hemos considerado interesante incluir un artículo de Juan Guzmán, juez instructor del proceso contra Pinochet, sobre la intervención del Poder Judicial durante y después de la Dictadura Militar de 1973 así como las Conclusiones sobre la memoria histórica en España en una declaración aprobada por unanimidad por MEDEL al término del coloquio.

Aprovechando que inmediatamente después del citado coloquio se presentó en el Congreso de los Diputados una enmienda pactada por

los dos grandes partidos políticos (PSOE y PP) tendente a limitar el alcance de la jurisdicción universal en España, insertamos al final del libro el comunicado emitido por MEDEL, Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales y el Grupo de Estudios de Política Criminal al que luego se adhirieron Amnistía Internacional, Human Rights Watch y la Asociación Pro Derechos Humanos de España.

En el capítulo de agradecimientos, es de justicia señalar igualmente la colaboración inestimable de los compañeros Emilio Sánchez Ulled e Ignacio González Vega quienes desinteresadamente han organizado el coloquio, y que junto a José Miguel García Moreno, han traducido las ponencias presentadas por los compañeros extranjeros.

EN MADRID, A 15 DE JUNIO DE 2009

PRESENTACIÓN

VITO MONETTI

Fiscal

Magistratura Democrática

Presidente de MEDEL

Este coloquio, organizado por la asociación MEDEL (Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades) en colaboración con Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, el Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación de la Universidad Carlos III de Madrid y la Fundación Antonio Carretero, tiene un importante significado desde el punto de vista político e institucional.

En él se ha subrayado que los «delitos nucleares», esto es, las violaciones de los Derechos Humanos cuya condena —como consecuencia de su extrema gravedad— es compartida por la conciencia común de los Pueblos en todo el mundo, no pueden permanecer sin una respuesta clara.

Sabemos que, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y la trágica derrota de los Estados del Eje, las respuestas dadas por la Comunidad Internacional (y también por los Estados individuales) a los terribles crímenes cometidos a gran escala por los regímenes nazi-fascistas fueron distintas.

En el ámbito internacional debemos citar los Tribunales de Nuremberg y Tokio como los ejemplos más importantes de una respuesta dirigida al descubrimiento y castigo de los delitos.

Si consideramos las soluciones dadas por los Estados, podemos recordar, de un lado, el caso de Italia, por ejemplo. En lo que respecta a los delitos cometidos durante el régimen fascista, la República democrática nacida de la lucha por la liberación tomó la decisión institucional de «pasar la página» simplemente: del sentimiento de que la necesidad pri-

mera y más apremiante era la reconstrucción del país sugirió la promulgación de dos leyes garantizando una amnistía muy amplia que, en cualquier caso, no incluyó las más serias hipótesis de crímenes de guerra.

De otro lado, existe una experiencia completamente distinta desarrollada en países implicados de una manera similar en una transformación radical del Estado, una transición clara que condujo a una «norma fundamental» radicalmente nueva y que sentó las bases de un Estado reconstruido. Este es el caso de Sudáfrica. Al final del Régimen del *Apartheid*, la nueva Sudáfrica prefirió crear una Comisión de la Verdad y la Reconciliación. En relación con los innumerables episodios de violación de los derechos humanos que habían caracterizado el Régimen pasado, se decidió ofrecer a los responsables la posibilidad de una declaración pública, un reconocimiento de los hechos pronunciado por dichos responsables ante la «Comunidad ofendida», en lugar de encomendar a los Tribunales la tarea de investigar y enjuiciar esos casos.

Mientras tanto la Comunidad internacional ha ido organizando diferentes formas de «reacción pública» frente a los «delitos nucleares». Surgió la conciencia de que las experiencias de los dos tribunales *ad hoc* posteriores a la Segunda Guerra Mundial debían ser continuadas. Basta citar dos ejemplos simbólicos: el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Estos Tribunales precedieron a la creación del Tribunal Penal Internacional, cuyo Estatuto —como sabemos— atribuye a los Estados la competencia primaria y la responsabilidad de la reacción judicial frente a los «delitos nucleares»; de forma que el Tribunal Penal Internacional solo interviene en caso de ausencia total de iniciativas.

De esta manera nosotros, nuestros Estados, estamos obligados a establecer un sistema de normas y las estructuras públicas indispensables para permitir la persecución de estos delitos.

La desaparición forzada está incluida desde hace tiempo en la lista de estos delitos. No hay duda posible en cuanto a la definición jurídica de

estas conductas ilícitas. Solo puedo citar la «Declaración sobre la Protección de todas las Personas frente a la Desaparición Forzada», adoptada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n° 47/133, de 18 de diciembre de 1992. Y la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Protección de todas las Personas frente a la Desaparición Forzada de 2006 (que aún no ha entrado en vigor, ya que debe tenerse presente que en Europa solo ha sido ratificada por Albania y por Francia).

Se trata de «delitos cometidos por el Poder», por un poder público, de acuerdo con la definición recogida en el art. 2 de la Convención: «A los efectos de esta Convención «desaparición forzada» consiste en el arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguido de la negativa a reconocer la privación de libertad o de la ocultación del destino o del paradero de la persona desaparecida, colocando a esta persona fuera de la protección del derecho».

No cabe ningún malentendido sobre la circunstancia de que, en relación con estos delitos, la prescripción no puede suponer una coartada para nuestros Estados. De hecho, el art. 8 de la Convención de las Naciones Unidas establece que: «1. El Estado Parte que aplique la prescripción respecto de la desaparición forzada adoptará las medidas necesarias para asegurar que el término de prescripción para la persecución penal: a) Tenga una larga duración y sea proporcionado a la extrema gravedad del delito; b) Comience en el momento en el que el delito de desaparición forzada termina, teniendo en cuenta su naturaleza continuada; 2. Cada Estado garantizará el derecho de las víctimas de desaparición forzada a un recurso jurídico efectivo durante el período de prescripción».

El principio fundamental es que debe prevalecer el respeto de los derechos de las víctimas. Y esta consideración conduce a otros Textos Internacionales, a otras normas que nuestros Estados están obligados a respetar.

Me refiero al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en particular, a su art. 13 (Derecho a un recurso efectivo) que —como sabemos— dispone: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

Las dimensiones de esta breve exposición no permiten citar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa a este artículo. Podemos afirmar, no obstante, que —ante la denuncia de un caso de desaparición forzada— nuestros Estados, esto es, todos los órganos con competencias relacionadas con la materia, están obligados a iniciar y conducir una investigación seria y efectiva y a someter los resultados de esta investigación al Juez competente. Los Fiscales y los Jueces de Instrucción son los primeros representantes públicos a los que se dirige esta norma.

Mi opinión es que resulta importante que estos argumentos sean debatidos aquí, en España. La sentencia n° 237/2005, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional español que reconoció en vuestro sistema jurídico la vigencia del principio de Jurisdicción Universal para los «delitos nucleares» internacionales ha supuesto un paso fundamental en lo que se refiere a la efectividad de la protección de los Derechos Humanos. Vuestro país, vuestro Poder Judicial, es plenamente capaz de demostrar que es posible tratar los casos más graves y serios de violación de esos Derechos; y que las distancias geográficas o el transcurso del tiempo no pueden representar ni representan un obstáculo.

LA JUSTICIA EN LA HISTORIA

REYES MATE RUPÉREZ

Profesor de Investigación del Instituto
de Filosofía del Consejo Superior de
Investigaciones Científicas

Este Coloquio Internacional sobre la memoria histórica está presidido por la pregunta «¿se puede juzgar la Historia?». Llama la atención la pregunta porque quien ha juzgado ha sido la historia. Hegel levanta acta, como buen notario que es de la realidad, al decir lapidariamente que «La historia universal es el tribunal de lo que acontece en la historia». Y lo que la historia ha juzgado no es cosa menor: se trataba de juzgar todos esos sacrificios, todas esas muertes, todos esos atropellos que, el llamado *espíritu universal*, ha tenido que conculcar para progresar. También decía Hegel que la historia justificaba todos esos sacrificios porque, para progresar, había que «pisotear algunas florecillas al borde del camino». Esas florecillas al borde del camino han sido los más de la historia, y para la filosofía occidental eso era insignificante, no tenía significación. Lo que daba significación realmente a los acontecimientos singulares era el resultado final o el orden cósmico que en cada caso se lograba.

Venimos, por tanto, de una tradición en la que la historia ha juzgado mucho. Pero enfrente ha tenido también otra tradición más discreta, más oculta; una tradición que tiene un origen más bien semítico, que no viene de Grecia sino de Jerusalén, y que dice todo lo contrario. Uno de sus intérpretes, el filósofo francés Levinas, lo expresa así: «Ser judío —y cuando los judíos hablan de «ser judíos» están diciendo «ser hombre»— no consiste en creer en Moisés sino en poder juzgar la historia

desde la afirmación del individuo como un ser absoluto y singular». Esta sería la otra perspectiva, la perspectiva de quien entiende que lo singular es lo que sienta a la historia en el banquillo.

Hoy estamos lejos de Hegel, pero tampoco estamos cerca de Levinas, entre otras razones porque cuando Levinas habla del hombre piensa en el otro, ese otro que por un lado tiene la autoridad de Dios, una autoridad absoluta, y por otro lado se encarna en figuras como el pobre, el huérfano, la viuda. Estamos, pues, en un punto intermedio entre Hegel y Levinas en el que, junto al reconocimiento de la autoridad de la historia, está emergiendo, y esta es la novedad, el papel de la memoria, una memoria de los vencidos que se está enfrentando críticamente a la escritura de los vencedores.

Hoy hablamos, por ejemplo, de la responsabilidad histórica. Una responsabilidad que no solamente mira hacia adelante —la responsabilidad hacia el mundo que dejaremos a nuestros nietos— sino también hacia atrás. La aparición de esta categoría es impensable sin la memoria, sin este papel nuevo de la memoria, porque la responsabilidad histórica mira al pasado igual que la historia, pero de una manera muy diferente. Para la historia el pasado es un punto fijo que está ahí, de alguna manera muerto, y que no tiene más vida que aquélla que el historiador le da o que le damos las generaciones posteriores. Para la memoria, sin embargo, ese pasado tiene vida propia, más allá de las intencionalidades del historiador o de los presentes. Tiene vida propia y habla más de lo que el historiador quisiera. El concepto de responsabilidad histórica coloca sobre los nietos una responsabilidad respecto a lo que hicieron los abuelos o respecto a lo que hicieron a los abuelos que la historia desconoce. Walter Benjamin, que es el pensador que más lejos ha ido en la construcción de una cultura de la memoria, habla de que los nietos tienen, respecto a los abuelos, el poder (él habla de una «débil fuerza mesiánica») de restaurar la injusticia que se les hizo. Y esto lo dice la memoria; no puede decirlo la historia.

Este concepto de responsabilidad histórica nos lleva al tema de la justicia.

A lo largo de la historia de la filosofía ha habido muchos discursos sobre la Justicia, se ha hablado de la justicia de formas muy diferentes. Para los antiguos (en Aristóteles, en Platón) la justicia era una virtud, y la virtud es una mediación entre una naturaleza humana y unos objetivos que esa naturaleza tiene que cumplir. La virtud es el tipo de acto que el individuo tiene que llevar a cabo para desarrollar las posibilidades de la naturaleza y realizarla. La virtud, pues, tiene que acoplarse a la naturaleza humana y a sus fines. Para los antiguos, en segundo lugar, la Justicia tiene un carácter muy material. Lo que importa en la Justicia tal como la entendían los antiguos era el *debitum*, es decir, que el otro recibiera lo suyo. Importaba muy poco la intencionalidad del que tuviera que restituir: Santo Tomás dice que la virtud de la justicia no está en la intención del que tiene que restituir, sino en el hecho de que restituya. Por último, para esta justicia lo importante es el otro. Lo importante es restituir, reparar el daño que se ha hecho al otro.

La justicia moderna es totalmente diferente. Para empezar, no es una virtud. Para los grandes teóricos de la justicia contemporánea (Rawls, Habermas) la justicia es el fundamento moral de la sociedad, está en la base de la concepción de la política moderna. La filosofía política actual es fundamentalmente una reflexión sobre la justicia. Hoy día, además, no importa la materialidad, el *debitum*, sino el procedimiento. Habermas dice que la justicia no tiene que preocuparse de lo singular sino crear criterios universalmente aceptables para decidir entre todos lo que es justo e injusto. Esta es la segunda característica, el procedimentalismo. Y la tercera es que lo importante somos nosotros y no el otro. Somos nosotros, los sujetos de la justicia, quienes tienen que decidir los criterios de justicia en un mundo tan complejo. En la justicia antigua era la injusticia del otro lo que articulaba la respuesta de la justicia, era la experiencia de la injusticia lo que desencadenaba la preocupación

por la justicia. Aquí es al contrario. Exagerando podríamos decir que para el hombre moderno no hay injusticia hasta que hayamos decidido lo que es la justicia. No hay pobres hasta que hayamos decidido lo que es la pobreza. Este tipo de justicia es el que domina hoy en los debates contemporáneos.

Más allá de sus diferencias, lo que tienen en común los conceptos antiguo y moderno de justicia es la alergia al pasado, el no lugar de la memoria. Esto me interesa subrayarlo.

Para los teóricos de la justicia contemporáneos, en efecto, el mundo es un lugar donde hay desigualdades, pero se entiende que esas desigualdades existentes son producto del azar. Esto es lo contrario de lo que decía Rousseau, que en cierta forma es el padre de las modernas teorías de la justicia, cuando decía que las desigualdades existentes son el producto de la razón y de la voluntad, y por eso las desigualdades son injusticias.

Entonces, en entender que las desigualdades existentes son sólo desigualdades (donde no hay por tanto un juicio moral) o decir que son injusticias, es donde se juega toda la sustancia del debate contemporáneo sobre la justicia. Y lo nuevo es que empiezan a alterarse las coordenadas del debate al aparecer la memoria. Con la memoria las desigualdades pueden ser consideradas como injusticias y dejan de ser productos del azar. De alguna manera podemos decir que sólo cuando la memoria ha construido una cultura filosóficamente potente es cuando se ha podido cuestionar este tratamiento de la realidad como desigualdad y, por tanto, que aparezca el trasfondo de la desigualdad como injusticia.

El problema es que si consideramos a la justicia solamente como el tratamiento de la realidad como desigualdad dejamos fuera de la justicia muchas injusticias y, por tanto, tenemos que renunciar a una de las prerrogativas más clásicas de la justicia, que es la universalidad. No hay justicia a la carta, para consumo propio. Se trata de proponer criterios que puedan ser aceptados por el otro, y por tanto demandan universalidad.

Ahora bien, si dejamos fuera del campo de la justicia muchas injusticias frente a las que nos declaramos incompetentes, no podemos reconocer que la teoría de la justicia que proponemos sea realmente universal. Y si tratamos la realidad existente como mera desigualdad dejamos fuera, entre otras, las injusticias hechas a los abuelos, las injusticias irreparables, las injusticias a los muertos. Sin esas injusticias no vale la pena una teoría porque no puede ser universal.

El gran desafío es cómo hacer presentes esas injusticias, cómo tratar a los muertos como parte de la justicia de los vivos. Esta pregunta ha tenido solución cuando se ha desarrollado una cultura de la memoria. Ha sido la cultura de la memoria la que ha transformado, en el fondo, el panorama de la justicia. Max Horkheimer, el patrón de la famosa Escuela de Frankfurt, decía que, cuando se produce un crimen, el crimen es evidente para el que lo comete y para el que lo sufre, pero fuera de ellos el crimen sólo existe si hay memoria de ellos. Sin memoria, dice, no hay crimen. Ojo, no dice que sin memoria no hay caso (desde luego que no), sino también que sin memoria la injusticia deja de serlo. Y decía que el gran reto de la filosofía contemporánea, si quiere estar a la altura de los problemas que tiene, es crear una teoría de la justicia en la que no se olvide nada. Es decir, una teoría de la justicia que se haga cargo de todas las injusticias.

De esto se deriva que es la cultura de la memoria la que está alterando el panorama de la justicia. Resulta paradójico hablar de la novedad de la cultura de la memoria cuando sabemos que la memoria es una categoría muy antigua. Acompaña a la Filosofía desde hace 25 siglos. Desde que los presocráticos empezaron a pensar, a sorprenderse ante la realidad y preguntarse por lo que ocurría, aparece la memoria. Pero la memoria, durante siglos, ha tenido un par de características que sólo han sido cambiadas profundamente a lo largo del siglo XX. Lo que ha caracterizado a la memoria a lo largo de los siglos es, en primer lugar, el ser una categoría menor: era considerada del orden de los sentidos, no

del orden de las potencias intelectuales. Era un sentido y los sentidos producen sentimientos. La memoria era una evocación sentimental del pasado. Sin embargo, desde el punto de vista político la memoria era una categoría muy exigente, porque lo que pretendía la memoria era convertirse en norma del presente. Es decir, si la primera característica de la memoria era la de achicarse en el sentimiento, la segunda ambicionaba ni más ni menos que convertirse en norma del presente. Ser un sentimiento y ser conservadora porque el presente tenía que ser reproducción, repetición del pasado. Esta última característica está muy bien reflejada en la novela de Umberto Eco «*El Nombre de la Rosa*». En ella, hay una serie de asesinatos y todos están relacionados con un libro, un libro desconocido de Aristóteles, en el que algunos monjes curiosos buscan la novedad, es decir, algo distinto de lo que ya se sabe. Es la curiosidad del libro lo que lleva a la muerte. Fray Jorge, el guardián del libro, hace desaparecer a todo aquel que entra en contacto con él porque la filosofía es perenne, y la tarea de la docencia —sobre todo en la Universidad— es transmitir lo de siempre, la *philosophia perennis*. Nada daña tanto a la tradición, a esta idea de que los conocimientos ya están completos, como la idea de la novedad. El propio Fray Jorge, en el último momento, se come las hojas del libro y muere envenenado para que con él desaparezca la posibilidad de la novedad. Esta idea cambia en el siglo XX.

El siglo XX supone una profunda renovación del concepto de memoria, y esta renovación tiene lugar en torno a los dos Guerras Mundiales. En torno a la Primera Guerra Mundial se produce, sobre todo en Francia, una gran reflexión sobre la memoria colectiva y la memoria histórica. Maurice Halbwachs es el gran sociólogo de la memoria. Él construye una idea de la memoria cómplice del progreso. Con él la memoria deja de ser una categoría conservadora, y esta es la primera gran novedad. Europa tomó conciencia en la Primera Guerra Mundial de que su gran proyecto de modernidad quedaba abrasado en la llamas

de la guerra. Eso supuso una crisis cultural sin precedentes, dando pie a una generación de creadores que buscaban una salida en las ciencias, en las artes y en las letras. Y Halbwachs, como Kafka, pensaba que para que toda esa novedad, toda ese vértigo, esa riqueza que traían las novedades tuviera un sentido había que tener las patas traseras bien asentadas en el pasado. El pasado se convertía, así, en cómplice del progreso, del futuro.

En torno a la Segunda Guerra Mundial aparece la otra novedad, la de que la memoria no es solo un sentimiento, sino que es la categoría fundamental del conocimiento. Esto significa, en primer lugar, que es una categoría hermenéutica, es decir, la memoria no consiste tanto en traer el pasado al presente cuanto en hacer visible lo que siempre ha estado ahí, pero invisibilizado. Por ejemplo, las víctimas. Víctimas ha habido siempre, pero ya veíamos en Hegel que las víctimas no tenían significación, eran el precio del progreso. Y Benjamin lo que dice es que las víctimas son significativas en sí mismas. Todo crimen, dice él, tiene dos muertes: está la muerte física; pero el criminal, además, trata de invisibilizar su significado, desarrolla toda una estrategia explicativa para minorizar o invisibilizar la significación del crimen. Y esa es la muerte metafísica o hermenéutica.

En *El Quijote* encontramos un ejemplo que explica muy bien este carácter de la memoria como visibilización de algo que siempre ha estado ahí y que nunca nos ha llamado la atención, algo que, si rascamos un poco en la realidad, aparece. Hay un momento, al final del capítulo octavo, donde se cuenta la pelea de don Quijote con el Vizcaíno. Pero a mitad la escena se interrumpe y el narrador nos confiesa que no puede contar cómo acabó la pelea porque se ha acabado el texto que está traduciendo. De repente tomamos conciencia de que *El Quijote* es la traducción de un texto. Así acaba el capítulo octavo. En el capítulo noveno el autor va hasta un barrio de marranos y moriscos en Toledo donde se venden manuscritos viejos, y allí encuentra un texto en árabe. Pide

que se lo traduzcan y descubre que es el final de la pelea. El texto tiene firma, un llamado Cide Hamete Benengeli. Este gesto explica muy bien lo que significa la memoria: en ese momento los moriscos no han sido todavía expulsados pero el árabe es ya una lengua prohibida. Los moriscos están siendo perseguidos y Cervantes dice a sus lectores apasionados que ese texto que están celebrando como una gran obra castellana no es más que la traducción de un texto previo, escrito por un maldito, un moro, y en una lengua prohibida, el árabe. Esa es la memoria. La memoria es entender la realidad como un palimpsesto, esto es, leer lo que aparece como escritura que se sustenta en un texto previo, invisible. La memoria, por tanto, produce un conocimiento. Benjamin recurría a la figura del revelador fotográfico. Es como en esa película de Antonioni, «*Blow Up*», donde conforme el revelador aumenta, aparecen más formas en el negativo, hasta que se nos revela el criminal. Esa es la memoria: produce conocimiento porque nos permite ver lo que sin ella es invisible.

En segundo lugar, la memoria es justicia. La memoria de las injusticias hechas a los muertos es justicia. Lo explica de una manera muy sencilla pero muy profunda Primo Levi, uno de esos testigos privilegiados del holocausto judío. Primo Levi, al final de «Si esto es un hombre» recoge una serie de preguntas que le van haciendo en los colegios y les da respuesta. Y le llama la atención que en muchas escuelas los jóvenes, después de oír aquellos horrores, le preguntan ¿qué podemos hacer nosotros?. La respuesta de Levi: «Los jueces sois vosotros». Una respuesta enigmática, porque ¿qué justicia puede impartir un oyente, un lector? Levi lo tiene muy claro. Él sabe que la generación de testigos está a punto de desaparecer con él, con su generación; y sabe muy bien que sin memoria de la injusticia no hay injusticia, la injusticia deja de ser. Lo que está pidiendo a sus jóvenes oyentes es que ellos no se queden en lectores, en oyentes, y se conviertan en testigos, que recuerden, y de esa manera se pueda hacer justicia. La justicia que puede hacer la

memoria, que es una justicia muy modesta, una forma muy modesta de justicia, que es la de recordar, hacer presente la injusticia, recordar a las generaciones presentes que su mundo está construido sobre una injusticia. Y en la medida en que se reconoce esa injusticia vigente actual se hace justicia. Es una forma muy modesta de justicia, pero posiblemente sin ella no hay justicia posible.

Y hay una tercera característica de la memoria, y esto tiene lugar después de la Segunda Guerra Mundial. Entonces los supervivientes de los campos de exterminio expresan su experiencia diciendo *nunca más*. La humanidad ha sufrido una experiencia tan crucial que no se la puede permitir una segunda vez, y por eso aparece, de una manera desarticulada pero constante, la idea de «nunca más». Y, curiosamente, el antidoto contra la repetición no es más progreso o grandes constituciones democráticas, sino la memoria. Aparece el deber de memoria. Hasta ese momento el desarrollo de la cultura de la memoria había insistido en que la memoria era conocimiento, y es entonces, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando aparece como un deber. Theodor Adorno lo expresa diciendo que aparece un nuevo imperativo categórico. Y esta nueva exigencia que tiene la humanidad nacida después de Auschwitz consiste en repensar, dice él, todo. Repensar el concepto de verdad, el concepto de política, el concepto de ética, el concepto de estética a partir de la experiencia de la barbarie. Ese es el deber de memoria. No es sólo una categoría moral, es una tarea inmensa que está por desarrollar.

Cuando hablamos de cultura de la memoria estamos hablando de todo esto, de una reflexión de más de un siglo que ha alterado profundamente el significado de la memoria. Y esto explica el debate entre memoria e historia, que se da en todos los países aunque en cada sitio de una manera diferente. En Alemania, a final de los años 80, la pregunta crucial era si los alemanes podían identificarse con una historia gloriosa habiendo tenido el acontecimiento de Auschwitz. Ese era el debate de los historiadores, cómo construir una identidad nacional después

de ese episodio. Había dos teorías. La de quienes decían que eso es un paréntesis, 13 años de duda, 13 años de horror dentro de una gran historia de la que poder sentirse orgullosos. Estos eran, digamos, los historiadores conservadores; y otros, como Habermas, que decía eso nos obliga a repensar todo, no podemos sentirnos orgullosos de una historia que ha producido esto; y el único orgullo que nos queda es el orgullo democrático. De ahí el concepto de patriotismo constitucional, que no es más que la renuncia a una identidad histórica construida a lo largo de los siglos sobre muchos mitos y, especialmente, sobre el concepto de triunfo. El acento se pone, a la hora de forjar una identidad nacional, en la deuda y en el duelo.

En España el debate tiene otro nivel. El debate entre historiadores y quienes defienden la memoria versa, en primer lugar, sobre si la memoria es un asunto privado o público. Y, en segundo lugar, si es un sentimiento o es conocimiento.

Que la memoria es un asunto privado es evidente. La memoria arranca de la experiencia personal. El origen de la memoria ya nos lo explicó muy bien Proust cuando mojaba aquella magdalena en té y revivía toda su infancia. Es una experiencia personal pero también tiene una dimensión política. Cuando quienes han constituido estas Asociaciones por la Recuperación de la Memoria Histórica desentierran un cadáver en la cuneta de un camino están haciendo un juicio histórico, hay en ello una clara dimensión política, de ahí el nacimiento de una nueva figura jurídica, la Justicia Transicional, que es el convencimiento actual de que el tránsito de dictaduras a democracias no se puede hacer bajo el modelo español del olvido. Hay una justicia pendiente, y sin esa justicia transicional la fundamentación moral del nuevo régimen está en entredicho. La memoria es pública y política. Y si es verdad que no facilita las cosas porque lo que hace es abrir heridas y ponerlas sobre la mesa —y, en ese sentido, es una política poco cómoda— lo cierto es que sin memoria no hay reconciliación posible. Este debate lo inaugura Karl Jaspers des-

pués del año 1946 en Alemania, con un texto breve pero muy importante, «*La cuestión de la culpa*», donde se pregunta la responsabilidad de los alemanes no solamente en ese momento, sino en el futuro, por lo que acaba de ocurrir. Él habla, en un lenguaje muy discutible (habla de «Schuld», culpa, y abría que traducir por responsabilidad porque hoy tenemos muy claro que las culpas son individuales y las responsabilidades pueden ser colectivas), de tres categorías muy ilustrativas. Habla de una «Schuld» moral: hay cosas que no caben en el código penal y sin embargo constituyen materia culposa, son objeto de una responsabilidad. La indiferencia de la gente, por ejemplo, no estaba calificada en el derecho pero Jaspers entiende que eso es materia de culpa, la culpa moral. Habla también de una «Schuld» política, la culpa de aquellos ciudadanos que eran miembros de un Estado criminal; entiende que esos ciudadanos son responsables de lo que ocurrió y de ahí la asunción de responsabilidades de los alemanes en las generaciones sucesivas por los desastres provocados por el hitlerismo. Y habla incluso de una «Schuld» metafísica que podríamos llamar «de responsabilidad absoluta», muy cercana a Dostoievski, que va en el sentido siguiente: los mitos explicativos del origen de la humanidad hablan de un estado originario inocente del que se sale a través de una *caída*. El mito bíblico de la caída, por ejemplo, asocia libertad a desigualdad, dando a entender que la pérdida del estado originario de igualdad y la entrada en el mundo de las desigualdades entre los hombres, son productos de la libertad del hombre. El estado natural de igualdad originario es un estado sin libertad, y cuando el hombre hace uso de su libertad, es cuando aparecen los crímenes, las desigualdades. Lo que se nos está diciendo es que los desastres de este mundo son producto de nuestras acciones, no son naturales como los ríos o las montañas. Y eso debe provocar en el ser humano una responsabilidad universal. De ahí el concepto de «Schuld» metafísica.

Hoy el debate ha entrado en una nueva fase. Lo que en este momento se está discutiendo es si, más allá de estas tres formas de «Schuld»

(moral, política, metafísica), no tendríamos que plantearnos incluso la identidad colectiva a partir del concepto de deuda o responsabilidad histórica, porque las construcciones de las identidades nacionales han sido el producto de mucha violencia: Hasta ahora, sólo nos hemos fijado en los héroes de esas historias, pero no en sus víctimas. Así pues, el nuevo episodio del debate desencadenado por la justicia transicional es el del contenido de las identidades nacionales.

Este es el primer punto del debate, y el segundo tiene que ver con si la memoria es o no conocimiento. A estas alturas, negar que la memoria sea conocimiento parece infantil: sin la memoria de los testigos no nos hubiéramos enterado de casi nada de lo que ocurrió en los campos de exterminio. Un ejemplo es la película *Shoah*, de Lanzmann, donde no hay actores sino supervivientes. En esa película se producen constantes informaciones que serían imposibles sin la voz de los testigos.

Vivimos, pues, una situación en la que el pasado está considerado como un yacimiento muy rico de significaciones. Este pasado, que hasta ahora estaba monopolizado por la «historia científica», es ahora también objeto de cultivo, de trabajo y de reflexión por parte de la memoria. Y esa actualización del pasado que lleva a cabo la memoria es imparable: memoria de la Guerra Civil, memoria de Auschwitz, memoria de la Conquista, memoria de los Esclavos... Hace unos años Gabriel García Márquez firmó con otros intelectuales un escrito protestando por la exigencia de visado para los colombianos. En ese escrito recordaba que los colombianos eran descendientes de esclavos y conquistadores, y que los españoles teníamos una deuda histórica con ellos. Hace diez años eso parecía retórica, pero hoy pocos discutirán que es un ingrediente necesario de la reflexión moral y política.

Durante un tiempo pensábamos que el futuro debía construirse en torno a conceptos como utopía o progreso. Quizá ha llegado el momento de hacer caso a Walter Benjamin cuando nos recuerda, a propósito de los movimientos emancipadores del siglo XIX, que lo que les

movía no era la idea de que los nietos fueran felices, sino la memoria de los abuelos humillados. Cada vez pesa más, en la construcción de un mundo nuevo, la idea de que sólo habrá novedad si construimos el presente si tenemos en cuenta el pasado ausente.

EL CASO PINOCHET

JOAN GARCÉS

Abogado

Asesor del Presidente Salvador Allende

En el «caso Pinochet» confluyen factores históricos circunstanciales, el acumulado durante décadas de miles de personas y, a partir de 1996, de algunos juristas, magistrados y abogados que le dieron el cuerpo jurídico reflejado en las sentencias del caso.

El trasfondo histórico es la intervención de EE.UU. en Chile durante la Administración Nixon-Kissinger a partir de 1970 contra el desarrollo en Chile de un proyecto nacional de democracia social y económica que sus protagonistas denominaban «transición al socialismo en democracia, pluralismo y libertad». La Administración republicana estimó que ello amenazaba la seguridad de EE.UU. en Europa, donde en países como Francia e Italia, miembros de la OTAN, despertaba amplias simpatías el desarrollo democrático de Chile. EE.UU. promovió una insurrección militar y la instauración de una Dictadura militar en un país donde, a diferencia de España, nunca antes, ni bajo la Corona española ni desde su independencia en 1818, el Jefe del Ejército se había sublevado contra el Jefe del Estado.

Cuando se produce la insurrección armada —el 11 de septiembre de 1973— las diferentes Iglesias presentes en Chile, que ningún problema tuvieron con el Gobierno de Salvador Allende, dieron protección a los perseguidos, acogieron sus denuncias de detenciones, torturas y asesinatos generalizados y sistemáticos, acumularon información y evidencias de los crímenes. A su vez, las familias de las víctimas, identificadas con la tradición legalista de la República de Chile, presentaban regularmente en los

Tribunales peticiones de *habeas corpus* y denuncias de muertes violentas o «desapariciones» de sus parientes. Sin embargo, la Magistratura Judicial se adhirió masivamente a la insurrección contra la República de Chile y a la Dictadura que la reemplazó. Fue el único Poder del Estado que aceptó y gustosamente colaboró con la Dictadura. El Ejecutivo hizo frente a la insurrección militar, el Presidente de la República murió defendiendo las libertades e instituciones constitucionales; el Congreso fue cerrado, decenas de parlamentarios fueron detenidos y algunos asesinados. Tampoco el Tribunal Constitucional se plegó a la insurrección, y fue cerrado.

La Magistratura cerró los Tribunales a cualquier investigación sobre los crímenes generalizados que eran denunciados, pero las denuncias quedaron en los archivos. Cuando en 1990 la Guerra Fría terminó y dentro de Chile pudo establecerse la forma representativa de gobierno, en archivos privados como los de las Iglesias y en los de los propios Tribunales estaba acumulada la documentación que, a partir de julio de 1996, fue dirigida al primer Tribunal que aceptó abrir sus puertas a tan graves crímenes. Como los Tribunales de Chile aún se mantenían cerrados, las víctimas acudieron a la Audiencia Nacional de España a presentar su caso, en el que me cupo la responsabilidad de dirigir la acusación particular y popular.

La insurrección armada de 1973 contra la forma republicana de gobierno en Chile tuvo gran repercusión en el resto del Mundo, que advirtió la violencia que los insurrectos usaban para aterrorizar y paralizar a un país sin golpes militares ni dictaduras en su historia. En EE.UU. en particular la oposición a la insurrección y a la Dictadura chilena fue asumida por parlamentarios y simpatizantes del Partido Demócrata, que protestó por la intervención norteamericana contra el gobierno chileno democráticamente elegido. Fue en el Senado de EEUU donde a partir de finales de 1973 se llevaron a cabo las primeras investigaciones sobre la insurrección armada y los crímenes que siguieron, a iniciativa de los senadores demócratas y republicanos integrantes de la denominada «Comisión Church» (nombre del Senador que la presidía).

Durante la Guerra Fría la situación internacional no permitió ir más allá de la denuncia y condena política, como las de Naciones Unidas: hay hasta 12 resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas condenando los crímenes de la Dictadura en Chile. El primer Relator de Derechos Humanos que nombra la ONU en su historia, en 1974, es precisamente para investigar los crímenes generalizados que desde el Estado se estaban cometiendo en Chile. Fue la primera contribución de la tragedia chilena al Derecho Internacional: denunciar los crímenes, registrar y archivar las pruebas, organizar los primeros instrumentos de defensa legal.

¿Cómo nace la acción judicial contra Pinochet y los más altos responsables de la Dictadura? Una de las consecuencias del cierre de los Tribunales chilenos a los crímenes fue que Pinochet se sintiera invulnerable para cometerlos dentro y fuera del país: mandó secuestrar y asesinar en América Latina, y lo consiguió en Argentina, Paraguay y otros lugares; ordenó atentados en Europa, frustrados en Madrid y en París en 1976 pero consumados en Roma en 1975. En 1976 logró asesinar en Washington, cuando era Director de la CIA George Bush y Secretario de Estado Henry Kissinger, a Orlando Letelier, el que fuera Ministro de Asuntos Exteriores y Defensa del Gobierno Allende y su Embajador en Washington. Este es el primer atentado terrorista en suelo norteamericano dirigido por un gobierno extranjero acreditado judicialmente. El asesinato, cometido a poca distancia de la Casa Blanca, provocó gran conmoción. Los colegas en el Instituto de Estudios Políticos que dirigía Letelier en Washington y parlamentarios demócratas como el senador Kennedy, se comprometieron a que el crimen no quedara impune. Su investigación por el FBI, los servicios de seguridad y los Fiscales norteamericanos puso al descubierto una red criminal internacional dirigida por las más altas autoridades del Estado chileno.

La presión norteamericana para evitar la impunidad de este crimen fue eficaz. Cuando en 1978 Pinochet aprueba un decreto-ley de auto

amnistía, EE.UU. logró que en el mismo se excluyera el crimen cometido en Washington. No obstante, ningún Tribunal en Chile juzgó este crimen durante la Guerra Fría. Hubo que esperar a 1995 para que un Tribunal pronunciara la primera sentencia de condena sobre el jefe de los servicios secretos de Pinochet, por más que en Washington reunieron indicios de que la orden de matar a Letelier la había dado Pinochet en persona. Aún hoy estos indicios se mantienen en secreto.

En 1995 yo publiqué en la editorial Siglo XXI el libro «Orlando Letelier, testimonio y vindicación», presentado en Madrid en la Casa de América por el General Alberto Piris, del Ejército Español, y por el entonces Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, el Magistrado Sr. Jiménez Villarejo. Sostuve que Pinochet respondería judicialmente de sus crímenes porque había sobrevivido a su propia época: fue un monstruo de la Guerra Fría, ésta terminó y las protecciones que tuvo habían desaparecido dejándolo al descubierto. ¿Dónde habría un Tribunal para enjuiciar sus crímenes? En Chile seguía siendo imposible, los Tribunales continuaban cerrados cuando en 1996 la Unión Progresista de Fiscales, en particular el Fiscal D. Carlos Castresana, prepara y presenta una denuncia en un tribunal de Valencia. Simultáneamente yo interpuse una querrela en los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, la que declaró su jurisdicción en conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial. El primer Tribunal que abrió sus puertas a estos crímenes fue en España, en julio de 1996.

Durante dos años y medio de instrucción buscamos, invocando el Acuerdo Bilateral de Asistencia en materia penal, la colaboración de EE.UU. e Italia para aportar al proceso español los resultados de las investigaciones de los crímenes cometidos en Washington y Roma. El primer Juez que se ocupó de este caso, el Magistrado Sr. García Castellón, a petición de la acusación particular y popular que yo representaba fue autorizado por las Autoridades de EE.UU. a tomar declaración en Washington a algunas de las personas que participaron en el atentado

contra Letelier y a recibir el testimonio de los Fiscales y del agente del FBI que investigaron la trama delictiva internacional con base en Santiago. En paralelo, desde Chile las víctimas pusieron a disposición del Tribunal español las evidencias de que disponían. Yo visité la Casa Blanca, el Consejo Nacional de Seguridad, el Departamento de Estado y el Congreso, recabando colaboración a la investigación judicial española. En la Administración Demócrata de Bill Clinton, en parlamentarios de la Cámara de Representantes y del Senado, encontré comprensión. Janet Reno, Fiscal General de los EE.UU., colaboró en algunas de las diligencias instadas por el Juzgado español.

Cuando en octubre de 1998 supe que Pinochet estaba en Londres expuse a los dos jueces que en ese momento instruían diversas dimensiones del caso, D. Manuel García Castellón y D. Baltasar Garzón, que había reunidos suficientes elementos de prueba para pedir que emitieran una orden internacional de detención. Fui escuchado, la orden llegó a Londres y fue ejecutada el 16 de octubre de 1998 por un Gobierno recién elegido algunos de cuyos miembros compartían los valores en que se fundamentaba el caso judicial. No estaban entonces en el poder personas que, como Margaret Thatcher, de inmediato se movilizaron en defensa de la impunidad de Pinochet.

Esa detención a iniciativa de la defensa de las víctimas, adoptada por un Juez en el ejercicio de sus funciones, sorprendió en Londres, en Madrid, en la Fiscalía española —que obstruía el desarrollo de la investigación— en Lisboa —donde estaba reunida la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado. Todos se enteraron a través de la prensa. También fue una sorpresa en Washington, en cuyo Gobierno fue motivo del mayor debate en la historia de EEUU sobre un caso judicial en otro país. La Secretaria de Estado, Madeleine Albright, declaró pocos días después que el caso del General Pinochet era un asunto chileno que debía ser resuelto por los chilenos. Recibí horas después una comunicación diciéndome que esta no era la postura del Gobierno de los EE.UU.

¿Quién podía sostener que la de la Secretaria de Estado no reflejaba la postura del Gobierno? Solamente el Presidente de EE.UU. Y, efectivamente, el Gobierno de Bill Clinton, con diplomacia y discreción, tomó la postura de dejar que los Tribunales británicos y españoles siguieran adelante de acuerdo con las leyes, de no interferir. Era lo que nosotros estábamos pidiendo. También solicitábamos desclasificar documentos de los archivos norteamericanos con información sobre los crímenes cometidos por funcionarios del Estado chileno. El Presidente Clinton a comienzos de 1999 ordenó su desclasificación masiva, lo que entendimos como apoyo a los Tribunales que investigaban y trataban de enjuiciar estos delitos contra la Humanidad.

De ese modo, durante el año y medio que estuvo detenido Pinochet —entre el 16 de octubre de 1998 y marzo del 2000— la acción ejercitada ante los Tribunales de España y el Reino Unido encontró comprensión y apoyo en algunas de las mayores Potencias del mundo, en la opinión pública y en instancias políticas.

El desenlace judicial es conocido: los Tribunales británicos concedieron la extradición a España, desestimando las objeciones de Pinochet y el Gobierno de Chile. Este último se esforzó en mantener la impunidad, hizo presión sobre el Gobierno español —en aquel momento dirigido por José María Aznar— para que España retirara la petición de extradición si Pinochet no lograba detenerla en los Tribunales de Londres. En enero y febrero de 2000 se produjo un conflicto entre el Ejecutivo español, que pedía al Ejecutivo británico que no extraditara a Pinochet a España, y el Juzgado Central de Instrucción n° 5 que, en ejercicio de su jurisdicción y competencia, solicitaba la entrega de Pinochet a fin de enjuiciarlo en la Audiencia Nacional con todas las garantías.

La batalla judicial y legal fue ganada por España, por las víctimas. La extradición fue concedida. Sin embargo, la presión sobre el Gobierno británico del Gobierno que en Chile encabezaba Eduardo Frei (hijo del principal responsable político del Golpe de Estado de 1973), sumada a

la del Gobierno español de José María Aznar, desembocó en la estrategia de designar, sin participación de la parte acusadora, unos médicos que practicaran exámenes al extradituro de modo que el Ministro del Interior británico —quien según la ley entonces vigente tenía la facultad de interrumpir la extradición— pudiera declarar que Pinochet no estaba en condiciones de comparecer en juicio en ningún país del Mundo y debía regresar libre a Chile. La ficción médica la desenmascaró Pinochet en cuanto aterrizó en Santiago y se levantó de la silla de ruedas que usaba en Londres.

El precedente judicial, sin embargo, estaba consumado. Sus efectos posteriores han sido múltiples y se siguen produciendo en países de todos los continentes.

Dentro de Chile, como consecuencia del ejemplo demostración de los Tribunales españoles y británicos empezaron a entreabrir sus puertas a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes contra la Humanidad. Esas puertas se han abierto cada vez más desde entonces, hoy en día son centenares los funcionarios del Estado que han sido sometidos a procesos, y más de cien han sido juzgados y cumplen condena. Las investigaciones judiciales siguen adelante en Chile hoy en día.

Este precedente penal alcanza también a la responsabilidad civil, igualmente planteada ante los Tribunales de España. Así, mientras el procesado Pinochet tenía embargados sus bienes por la resolución de 18 de octubre de 1998 del Tribunal español, en 2004 el Sub-comité de Investigaciones del Senado norteamericano halló en el Riggs Bank de Washington cuentas de Pinochet que habían ocultado millones de dólares. De inmediato demandamos ante la Audiencia Nacional de España al Riggs Bank por cooperar en el alzamiento de bienes de Pinochet. Para ese entonces el dinero ya no estaba en el Riggs Bank, sin embargo tuvimos éxito en crear el precedente de que el propio banco, y sus dueños, de sus propios recursos, entregaran a la acusación española la misma cantidad de dinero que habían escondido para ser distribuida entre

las víctimas de Pinochet. Más de ocho millones de dólares han sido, así, distribuidos entre las acreditadas ante el Tribunal español. La única indemnización que han recibido por dinero vinculado al Dictador lo ha sido en aplicación de los principios de jurisdicción universal en España.

Haré, por último, una breve reflexión sobre la situación en que nos encontramos en España, desde mi actual responsabilidad de abogado director de una de las acusaciones particulares en el primer caso abierto en España, en 2008, por crímenes de lesa humanidad cometidos en España durante la Dictadura que se extiende desde el 17 de julio de 1936 al 20 de noviembre de 1975. Que siguen absolutamente impunes.

En Chile hubo cierre de los Tribunales, como he dicho, hasta que la irradiación del caso Pinochet permitió abrirlos. En España, las fuerzas que el 17 de julio de 1936 se sublevaron contra el legítimo Gobierno republicano fueron cerrando los Tribunales a medida que ocupaban el territorio. Los crímenes de lesa humanidad cometidos por los alzados en armas nunca fueron investigados por Tribunal alguno. Nos encontramos ante una paradoja: el Derecho Penal Internacional y los principios básicos del Derecho español actual son los de la coalición internacional que se enfrentó con el nazi-fascismo. Sin embargo, los crímenes de los aliados del nazi-fascismo en España siguen impunes, sin investigar, los Tribunales siguen cerrados. La primera puerta se entreabrió el 16 de octubre de 2008, en el décimo aniversario de la detención de Pinochet en Londres, cuando el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se declaró competente para investigar la desaparición de más de cien mil españoles, el asesinato de más de trescientos mil, el desplazamiento y exilio forzoso de medio millón más, entre otros crímenes contra la Humanidad sobre ciudadanos españoles. La reacción en España es parecida, en cierto modo, a la habida en Chile durante el caso Pinochet, con algunas diferencias. La iniciativa en España, como en Chile, es una vez más de las víctimas. También aquí son los hijos o nietos de las víctimas quienes formulan la denuncia en los Tribunales, alegando que estos delitos son imprescriptibles de acuerdo

con el Derecho Internacional y también, ahora, con el Derecho interno. Esta iniciativa ha planteado un reto al sistema judicial y político español. Los órganos judiciales españoles, la sociedad, tiene la oportunidad de reconciliar su vocación democrática y humanitaria con su pasado.

Yo soy abogado de la nieta del Doctor Negrín, último Jefe del Gobierno Republicano Español, y nuestra voluntad es, descartando toda sombra de revancha o de rehacer la historia —cosa por lo demás imposible y ridícula— contribuir al reencuentro de la sociedad española con los valores de la dignidad humana. Para unos va a ser fácil, para otros menos por sus antecedentes familiares. Es una oportunidad para romper el vínculo no con sus familias, a nadie se le pide tal cosa, sino con los crímenes, distinguiendo unas de otros. Nuestra decisión es muy firme. Sabemos que el margen de interpretación y aplicación de las leyes es amplio, entendemos que un tema como el que se acaba de abrir en España no encontrará fácilmente la unanimidad en los Tribunales. Sería una gran sorpresa. Tampoco hubo unanimidad en Londres durante la discusión del caso Pinochet, y no tenemos por qué esperar que aquí la haya. Pero a lo que sí estamos decididos es a exigir que las leyes sean aplicadas, y lo estamos haciendo con el mayor respeto a la Judicatura pero, al mismo tiempo, si se me permite la expresión, sin concesión por nuestra parte. Sabemos lo que estamos haciendo, sabemos lo que es la fuerza de la ley interna y la de la ley internacional. Obviamente, respetamos las resoluciones judiciales, pero frente a aquellas que consideramos incorrectas y que obedecen más bien a la inercia de la impunidad vamos a ejercitar, estamos ejercitando ya, todos los recursos, inclusive, permítaseme el símil, el de aquel niño del cuento de Andersen cuando señalando al Rey dice: «¡Pero si está desnudo!». Cuando observemos que el Rey está desnudo en la aplicación de la Ley, lo señalaremos, aunque nos quedemos solos y no seamos escuchados.

No podemos anticipar cuál va a ser la decisión de los distintos órganos judiciales que van a pronunciarse sobre este tema. Ya tenemos un

primer nivel de pronunciamiento, el de la Instrucción, que ha aplicado las leyes hoy vigentes en España que emanan del derecho construido a partir de la Sentencia de Núremberg de 1946. Tenemos un segundo nivel, el de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, donde hemos encontrado división de criterios en la interpretación y aplicación de la ley. El caso está abierto en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, donde hemos planteado la recusación de los Magistrados que, en nuestra opinión, no garantizan el derecho a un Tribunal imparcial.

En lo que se refiere a la competencia de la Audiencia Nacional para investigar estos crímenes, el tema está ya sometido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo por la vía del Recurso de Queja, en la medida que la mayoría de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, con tres votos disidentes, no admite recurso alguno contra su orden de prohibir al Juez de Instrucción investigar los crímenes. Nosotros hemos planteado ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que sí tiene competencia para admitir a trámite el recurso de casación y pronunciarse sobre dicha prohibición. Esperaremos a conocer lo que decide el Tribunal Supremo y, en su momento, el Tribunal Constitucional. Estamos publicando la documentación relativa a este caso, a disposición de quien quiera seguirla, en www.elclarin.cl, donde se encuentran los escritos de la acusación, del Fiscal y las resoluciones judiciales que se van produciendo.

Tenemos muy presente, una vez más, el papel del Derecho Internacional y la protección del mismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el que llevaremos el caso de España si no encontramos respuesta en las instancias jurisdiccionales internas a la impunidad absoluta acumulada hasta hoy.

El caso Pinochet y algunas de sus consecuencias reverberan también en España *mutatis mutandi*, y son muchos los *mutandi*...

LA INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL DURANTE Y DESPUÉS DE LA DICTADURA MILITAR DE 1973

JUAN GUZMÁN TAPIA
Juez instructor del proceso
contra Pinochet
Chile

1. El golpe y la violación de los derechos humanos

A raíz de un complot urdido por la derecha económica chilena, la Democracia Cristiana, otros grupos que constituían los poderes fácticos, y obviamente, las fuerzas armadas, y con la ayuda y la coordinación de los Estados Unidos de Norte América, logró materializarse un hecho inédito en Chile, el país americano que tenía la reputación de gozar de la democracia más sólida a nivel continental. No resulta ocioso recordar la frase histórica del presidente de los Estados Unidos, Richard Nixon, al ser elegido democráticamente en Chile el doctor Salvador Allende: «America Latina se va a convertir en un gran sándwich rojo, en el cual, la cubierta de arriba será Cuba, y la de abajo, Chile, y todo lo que esté en el medio también se convertirá rojo». Era la primera vez que llegaba al poder un socialista en nuestro continente por la vía electoral. Tres años más tarde un sangriento golpe militar enlutaría nuestra institucionalidad democrática y nuestro pueblo.

El Palacio de Gobierno, en Santiago, fue teatralmente bombardeado, como forma apoteósica de poner término a un largo camino democrático, y dar inicio a la peor dictadura que debía sufrir este país del fin del mundo. Este bombardeo efectuado por aviones caza Hawker Hunter de la fuerza aérea chilena sería el primer acto de terrorismo estatal de los numerosos que se produjeron durante los 17 años que imperó esa dictadura.

El primer acto oficial, por llamarlo de alguna manera, del gobierno de facto que nacía, fue la formación de una junta militar, que sería el ente ejecutivo que debía dirigir los destinos del país. El general de ejército Augusto Pinochet Ugarte, entonces comandante en jefe del ejército, fue proclamado como presidente de la mencionada junta de gobierno. Los demás miembros serían los comandantes en jefe de la marina de guerra, de la fuerza aérea y el director general de carabineros, nombre este último que se da a la policía uniformada en Chile.

A continuación, y para afirmar el gobierno dictatorial que comenzaba, Pinochet disolvió el congreso nacional, aunque dejó subsistente el poder judicial, como muestra de la buena voluntad existente para un poder que se iba a constituir en su mejor aliado. Y declaró todo el territorio nacional bajo estado de sitio, suspendiéndose las garantías constitucionales y comenzando a regir la ley marcial.

El mismo día del golpe militar, comenzó a sentirse la represión más violenta contra el «enemigo interno» que comenzaba a engendrar la dictadura: «los comunistas», expresión que comprendía a toda persona o grupo de personas que pensaba en forma distinta a lo que sería la doctrina de las fuerzas armadas. Un severo toque de queda sirvió para realizar las primeras limpiezas: la masacre de borrachos, prostitutas, ladronzuelos, vagos y mendigos, las eternas sombras de la noche. Se efectuaron, de norte a sur, ejecuciones sumarias, basadas en supuestos hechos de insubordinación, enfrentamientos o ataques contra las fuerzas armadas. La mentira, arma estratégica de la guerra, se utilizó sistemáticamente para justificar todo tipo de asesinatos, por razones de «limpieza» o de eliminación de supuestos enemigos de la «democracia». Se inventó el famoso «plan Z» que implicaba una matanza masiva de civiles y militares, y también se hizo nacer la leyenda de que había más de quince mil guerrilleros cubanos en pie de guerra, premunidos del armamento más sofisticado, dispuestos a atacar a las fuerzas armadas del país.

La implementación de la ley marcial y la utilización de los tribunales militares iban a convertirse poco a poco en las herramientas más eficaces

para la perpetración de los crímenes contra la humanidad que fortalecerían la dictadura y sofocarían la supuesta «rebelión», eliminándose de una vez, y para siempre, la lacra de los «comunistas» que amenazaba al país. Debo añadir que la utilización de los consejos de guerra y de las ejecuciones de los condenados escapaban del control de la Corte Suprema, por lo cual los peores abusos podían cometerse sin que ella pudiera intervenir. Sin embargo, como veremos más adelante, poco importaba que la Corte Suprema no controlara la perpetración enmascarada de esos crímenes.

Comienza la aplicación sistemática de la tortura más inhumana y humillante, el asesinato organizado y masivo y la desaparición forzada de grupos de personas cuyos familiares pensaban aún que la forma más adecuada de acudir a su ayuda era a través de los tribunales de justicia.

La represión que sufrió el país puede resumirse en la práctica indiscriminada de detenciones; en la utilización de la tortura más sofisticada: golpes de manos, de pie, con las armas de fuego, electricidad, el denominado submarino, colgaduras, violencia sexual, y siempre la vergonzosa desnudez y la vista cubierta durante la aplicación de los tormentos. Las víctimas de la tortura señalaban como la experiencia más degradante aquélla de la desnudez.

Los lugares de tortura más renombrados fueron: el estadio nacional, Londres 38, José Domingo Cañas, Villa Grimaldi, Venda Sexy, etc.

También se utilizó la fórmula de la desaparición forzada de personas como forma de terrorismo estatal, por un lado, y por el otro, para ocultar la ocurrencia de asesinatos o de las torturas más espantosas.

Para llevar a cabo las pesquisas de búsqueda de personas pertenecientes a los antiguos partidos de la vencida Unidad Popular, para allanar, secuestrar, torturar y asesinar, se creó la connotada DINA (Dirección de Inteligencia Nacional), que llegó a constituir el peor elemento de la represión, tortura y exterminio de personas.

Los distintos operativos utilizados para la labor de exterminio del «enemigo interno» pueden reducirse a cuatro, que fueron poste-

riormente investigados por los jueces a cargo de los crímenes perpetrados por la dictadura. Estos cuatro episodios fueron: la caravana de la muerte, la operación Cóndor, la operación Colombo y Calle Conferencia.

La caravana de la muerte consistió en un viaje fatídico de un helicóptero tripulado por doce oficiales de ejército que al cumplirse un mes del golpe de estado, recorrió el país asesinando a personas pertenecientes a la Unidad Popular. La excusa para dichas matanzas por el general a cargo de ellas es que Pinochet le había encomendado apresurar las causas del fuero militar instruidas en los diversos regimientos militares del país. La caravana de la muerte tenía dos objetivos: demostrarle a la población lo que le ocurriría para el caso de oponerse al gobierno de las fuerzas armadas, y el segundo, enseñarle a los miembros de las fuerzas armadas la manera como debían tratar a los enemigos del país. Pero, sobre todas las cosas, la famosa caravana de la muerte, junto con ser el paradigma del terrorismo de estado que iba a perpetuarse durante toda la dictadura, demostró abiertamente cuál era la filosofía del gobierno militar: el exterminio de todas las personas o grupos de personas que tenían o podían tener ideas contrarias al gobierno de facto que había desplazado a la democracia en Chile.

Además de la nombrada caravana, constituyeron formas de terrorismo estatal, el propio golpe, como lo he señalado al inicio de esta ponencia, los allanamientos masivos y formas como éstos se efectuaron.

La operación Cóndor constituyó un prototipo del panamericanismo: la unión de los seis países del cono sur de América, todos bajo la garra de dictaduras sin precedente, que se organizaron para trasladar a los «enemigos» de uno a otro de estos Estados, de apresarlos, torturarlos y, por último, de eliminarlos. Demostraciones de la operación Cóndor fueron: el asesinato del general Carlos Prats y de su cónyuge en Buenos Aires, el asesinato del ex-canciller de Allende, Orlando Letelier

y de una colega suya en Washington D.C., y el atentado contra el ex-ministro de Eduardo Frei, Bernardo Leyton, perpetrado en Roma.

Pero, era fundamental estar bien con el resto del mundo, y para ello, era indispensable desinformar. El modo de desinformar interno, evidentemente, no constituía ningún problema porque todos los medios de comunicación social obedecían al patrón que el gobierno militar imprimía. Por eso resulta emblemático el caso de la denominada operación Colombo, que consistió en la urdimbre de un plan en virtud del cual se publicó en un diario de Buenos Aires y en una revista en Curitiba, medios de comunicación que tuvieron un solo ejemplar, que 119 miembros del MIR (Movimiento Izquierdista Revolucionario), saldando cuentas personales en Argentina, se habían asesinado entre sí. Esta noticia fue replicada por todos los medios chilenos y hasta Pinochet exclamó que los miristas se habían asesinado entre ellos. Así creía demostrar al mundo que numerosos supuestos de detenidos desaparecidos se habían ido de Chile y que nunca habían estado presos y menos desaparecidos.

Al investigarse el episodio denominado «calle Conferencia», se pudo investigar la manera de operar de la DINA, mediante el sistema de las denominadas ratoneras. Se averiguaba, mediante la tortura, dónde se iban a reunir los militantes de un partido político en la clandestinidad, para luego, al ir entrando dichos militantes al domicilio donde tendría lugar ese mitin, se les iba cazando «como ratas».

La manera de intervenir de los medios de comunicación al interior del país era la siguiente: se sostenía como línea de editorial que los grupos de izquierda constituían un peligro para el país y que eran, además traidores a la patria; se realizaban montajes con fotos y tomas televisivas de la cantidad de armas y municiones que eran encontradas supuestamente en poder de los «terroristas». Además, se clausuraron todos los diarios independientes o de tendencias izquierdistas. De este modo, se tuvo el control absoluto de todos los medios de comunicación y la censura más completa.

2. ¿Cómo actuó el poder judicial?

El primer presidente de la República elegido democráticamente al término de la dictadura militar, refiriéndose al poder judicial, dijo que sus miembros habían adolecido de «coraje moral». Es cierto eso, pero, además actuaron de forma cobarde y fueron cómplices de los peores crímenes de la dictadura. Los jueces chilenos, sobre todo los miembros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones facilitaron con su actuar o su no actuar, la violación sistemática de derechos humanos durante los diecisiete años que la dictadura se prolongó.

La demostración más evidente de su actuación como cómplices en aquellas violaciones, consistió en el rechazo sistemático de más de 10.000 recursos de amparo o *habeas corpus*. Debo agregar que los tribunales de primera instancia para el conocimiento y resolución de los *habeas corpus* son las cortes de apelaciones, siendo el tribunal de alzada para conocer y fallar dichas acciones constitucionales la Corte Suprema.

Por otra parte, los juzgados del crimen que instruían los procesos por las desapariciones forzadas de personas, realizaron apenas una investigación formal. Todas estas causas concluyeron en sobreseimientos temporales o definitivos.

Las causas por crímenes que claramente habían sido perpetradas por personal de las fuerzas armadas o de orden, se instruían y fallaban por los tribunales militares y también concluyeron casi todas mediante sobreseimiento.

Todo esto llevó a que los sujetos activos de estos crímenes quedaran, por largo tiempo, en la mayor impunidad.

¿Cuáles fueron las consecuencias de este «*laissez faire, laissez passer*»? Primero, la supresión total de la libertad de expresión, la censura total y el monopolio de la información, que era aplaudida por los medios de prensa colaboradores con la dictadura o los medios televisivos oficiales. Luego, el allanamiento masivo, las detenciones ilegales y la tortura de cientos de miles de personas. Por último, más de 250.000 tortura-

dos, pese a que mediante el informe Valech, sólo pudieron establecerse 26.000 casos de tortura; 3.000 asesinatos perpetrados por agentes estatales y más de 1.200 desapariciones forzadas. Y junto con estos espantosos crímenes, la más absoluta impunidad.

Merece hablarse del síndrome de Antígona que sufren los familiares de las personas que desaparecen y cuyo rastro se ha perdido. Pues jamás logran experimentar el duelo que corresponde a toda pérdida. Esperan todas sus vidas con gran angustia y sufrimiento el retorno de la persona desaparecida o poder recibir un día sus despojos, para poder darles santa sepultura. Es distinto el caso de quienes pueden sepultar a sus deudos, saben dónde están, dónde llevarles flores y rezarles. La pérdida de toda persona lleva consigo una gran pena, pero se experimenta luego el duelo y, poco a poco, llega un día el consuelo, y los sobrevivientes logran nuevamente hacer una vida normal. No así los familiares que sobreviven a una persona desaparecida.

3. Actividad del Poder Judicial respecto de las violaciones a los derechos humanos una vez concluida la dictadura

Para explicar este acápite, resulta indispensable referirme a ciertos hitos hacia el actual Estado de Derecho que ha permitido la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de numerosos agentes estatales que perpetraron los crímenes anteriormente explicados. Estos hitos son: la ratificación de tratados internacionales, entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contienen las normas del debido proceso; se enmienda la constitución política de la República, disponiéndose en su artículo 5º, inciso segundo, que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados internacionales sobre las leyes; se dictan las leyes cumplido que reducen la competencia del Código de Justicia Militar y que hacen concordar las leyes procesales con las normas del debido proceso contenidas en los referidos tratados internacionales; se dicta un código procesal

penal que deroga el anterior que rigió durante más de un siglo y cuyo procedimiento era inquisitorio, secreto y escrito, adoptándose un procedimiento de tipo acusatorio, público, oral y concentrado; se suprime la pena de muerte, salvo para el fuero militar y, finalmente, se establece un tribunal unipersonal constituido por un miembro de la Corte Suprema para la instrucción y juzgamiento en causas que pudieran afectar las relaciones internacionales de Chile.

¿Cómo actúan los tribunales de justicia en el marco de este nuevo panorama? Muchos jueces comienzan a aplicar el derecho internacional en materia de derechos humanos sobre el derecho interno. Un ejemplo es la no aplicación por algunos magistrados del artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que establece que para otorgar la libertad provisional de una persona procesada por girar un cheque sin provisiones debe previamente pagar el capital del cheque, las costas de la causa y los intereses. Estos jueces estimaron primero que no existía la prisión por deudas, y luego que prevalecían las normas contenidas en los tratados internacionales que no exigían el señalado pago. Se reabren numerosos sumarios criminales y se dejan sin efecto muchos sobreseimientos temporales y definitivos en causas por asesinato, desaparición forzada de personas, torturas, etc. Se investigó, luego se juzgó y, por último, se condenó a los principales agentes de la DINA, el general Manuel Contreras y el brigadier Pedro Espinoza, por el asesinato del ex-canciller de Salvador Allende, Orlando Letelier y de la ciudadana norteamericana, Ronni Moffit. Fue precisamente un ministro de la Corte Suprema quien realizó este juzgamiento en conformidad a la implementación de un tribunal unipersonal establecido para la investigación de causas en los casos que podían entrabarse las relaciones internacionales de Chile.

En enero del año 1998 comienzan a instruirse causas contra el general Augusto Pinochet por secuestro, genocidio, asesinato y tortura, invocándose los tratados internacionales para su juzgamiento. Entretanto-

to, se produce la detención de Pinochet en Londres, en virtud de una orden de arresto dispuesta por el juez español Baltasar Garzón, quien solicitó la extradición de Pinochet por crímenes de genocidio y otros. Al regresar Pinochet a Chile, al ser considerado, por el ministro Jack Straw, inhábil para ser juzgado en razón de su salud deficiente, se solicitó el desafuero de Pinochet por los delitos antes indicados, desafuero que fue concedido, y luego, se le procesó por los delitos perpetrados con motivo de la caravana de la muerte, antes referida. Fueron, asimismo, procesados numerosos generales, brigadieres, coroneles y otros oficiales por su participación en ese episodio, como también en los casos operación Cóndor, operación Colombo y Calle Conferencia. También fue encausado Pinochet en las operaciones Cóndor y Colombo, no así por el episodio de Calle Conferencia, causa donde la Corte de Apelaciones de Santiago no otorgó su desafuero, trámite esencial para su juzgamiento. En todos estos casos, la Corte Suprema declaró que Pinochet padecía una demencia subcortical de leve a moderada y lo sobreseyó definitivamente. Sin embargo el ex dictador volvió a ser imputado por un juez por su autoría en los delitos económicos, algunos de los cuales habría perpetrado durante su periodo de demencia.

La llave maestra para poder procesar a Pinochet, como también a los demás agentes estatales que fueron más tarde condenados, consistió en no aplicar la amnistía dictada por Pinochet en 1978. Esta auto amnistía cubría los peores crímenes perpetrados por agentes estatales durante la dictadura. Ahora bien, dentro de la premura en dictar ese decreto ley, no se previó el caso de las desapariciones forzadas de personas que no estaban contempladas por la ley chilena. Pues, a falta de poder aplicar los tratados internacionales, por no estar ratificados a la sazón, los jueces debían aplicar la ley nacional. Y, ¿cómo podían tipificarse las desapariciones forzadas? Pues, como secuestros cualificados, esto es secuestros que habían durado más de quince días. Y los secuestros en los casos de las desapariciones forzadas comenzaron a perpetrarse el día

que empezó el secuestro y perduraban hasta que aparecía la víctima o sus restos de haber muerto ésta. El secuestro es un delito permanente que se perpetra mientras permanece ilegítimamente privada la víctima de su libertad. En el caso de los secuestros que comenzaron a perpetrarse entre septiembre de 1973 y marzo de 1978, la amnistía cubría los primeros años, hasta marzo de 1978, pero no el lapso de tiempo en que continuaba cometiéndose ese secuestro después de esa fecha. Por lo tanto, en el caso de los secuestros que continuaban perpetrándose después de la indicada fecha no procedía, por ese tiempo, aplicar el decreto ley de amnistía. Fue, entonces, utilizando esta doctrina que se pudo procesar a Pinochet y a los demás imputados por esos delitos. Luego hubo fallos que incorporaron a otros delitos, como el homicidio y la tortura, considerándolos como crímenes de lesa humanidad, pudiéndose sancionar de esa manera a sus autores, cómplices y encubridores.

4. Conclusiones

Debemos concluir que el Poder Judicial colaboró eficazmente en la perpetración de los crímenes cometidos por agentes estatales durante la dictadura militar que afectó a Chile entre 1973 y 1990, debiendo haberse investigado y juzgado a los magistrados delincuentes como cómplices de los crímenes de secuestro, asesinato y tortura señalados.

Siendo así, la impunidad sólo cesó parcialmente pues, aunque fueran juzgados y sancionados muchos agentes estatales como autores de los referidos crímenes, no se juzgó a los jueces delincuentes como tampoco a otro personal, como ministros de estado, subsecretarios y otros civiles que fueron autores, cómplices o encubridores en la perpetración de esos crímenes.

Con respecto a Pinochet, si bien fue procesado por numerosos crímenes, la Corte Suprema, al declararlo demente, en circunstancias que no lo estaba, perdió su momento histórico para demostrarle a Chile y al mundo, que todas las personas eran iguales ante la justicia.

Se debe reconocer que el mayor triunfo de la era de Pinochet consiste en que aun rige la constitución promulgada por la junta militar de gobierno en 1980 y que ha creado un estado neo-liberal y establecido derechos fundamentales donde se privilegia al sistema privado sobre el público en las áreas que naturalmente corresponden al sector estatal, particularmente en lo atinente a la educación, la medicina y la previsión social. Esta constitución fue dictada en un país donde la educación pública y gratuita, la medicina preventiva y la previsión social eran ejemplares para todo el mundo y funcionaban adecuadamente, brindándole a la gente los servicios conforme a sus necesidades.

Debido a la concepción privada de la propiedad, de las riquezas y de la explotación de los recursos naturales, hoy se continúa privilegiando el denominado progreso no sustentable en desmedro de la naturaleza y de los pueblos que habitan las regiones donde se hacen obras que causan gran impacto sobre los habitantes, el ecosistema y la cosmovisión de los pueblos. Y los últimos gobiernos sólo han seguido por el cauce abierto por la dictadura militar. La brecha económica existente entre los dueños de la riqueza y los más pobres se ha hecho cada vez más grande, debido a que se gobierna para esa minoría privilegiada en desmedro de la gran mayoría, acosada por las deudas propias del sistema, por el desempleo y por la migración de los cesantes desde sus regiones a los grandes centros urbanos en búsqueda de nuevos destinos. Ha aumentado la pobreza, la delincuencia y la inseguridad; se criminaliza a los pueblos originarios y a los sectores que reclaman por sus derechos y se ejerce una represión propia de un gobierno autoritario ante su incapacidad de buscar el entendimiento a través del diálogo. Se prefiere la militarización de la policía uniformada, la victimización de quienes buscan el progreso no sustentable y la criminalización de ciertas minorías.

Finalmente, las cosas cambiaron tanto después de la dictadura para continuar iguales, como lo dijo un tiempo alguna vez el Gatopardo de Giuseppe Lampedusa.

LA JUSTICIA ENTRE LA MEMORIA Y LA HISTORIA

DENIS SALAS

Magistrado

Secretario General de la Asociación
francesa para la historia de la justicia

Director científico de la Escuela
Nacional de la Magistratura francesa

Bajo el título de mi ponencia: «la justicia entre la memoria y la historia», en mi opinión, hay una evolución muy importante en el trabajo de la justicia a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, respecto a la manera de juzgar los casos que tratan de la guerra. Sobre todo, cuando la guerra es total, es decir, sin límites ni reglas. Bajo estas condiciones, hay dos categorías de crímenes: los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

Al acabar la Segunda Guerra Mundial, la justicia viene a ser monopolio de los Estados vencedores. Lo importante son los crímenes de guerra. En el juicio de Nuremberg, veintidós acusados fueron juzgados por un tribunal interesado fundamentalmente en probar los crímenes de guerra, ocupando un lugar secundario los crímenes de lesa humanidad.

En Francia por ejemplo, la justicia de la depuración afecta a los colaboracionistas (el mariscal Petain, el jefe del gobierno Pierre Laval) y a los intelectuales de extrema derecha (Maurras, Brasillach) acusados de traición. La memoria más importante es la «memoria de la Resistencia», una memoria del combate. La muerte es una muerte en el campo de batalla. En esta época, los crímenes de lesa humanidad —que afectaron a la población civil— estaban ocultados por la memoria de los combatientes de la Resistencia.

Poco a poco, con el tiempo, dicha memoria se está recuperando. Según mi parecer, el juicio de Adolf Eichman (Jerusalén, 1960) marca una ruptura. Por primera vez, la memoria del genocidio de los judíos se convierte en el objetivo principal de los juicios «históricos». El testimonio de los supervivientes pasa a formar parte del núcleo esencial de la escena judicial. Es momento para los juicios de la memoria. Según Ben Gourion, «el juicio de Eichman debía ser el Nuremberg del pueblo judío». Se puede hablar, en dicha época, de un «Nuremberg de la memoria».

Conocemos en Francia la misma evolución con la ley que prevé la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad (1964). En la década de los ochenta, del pasado siglo, con el juicio del oficial nazi Klaus Barbie, del policía de Vichy Paul Touvier y de Maurice Papon, prefecto de Vichy. La misma evolución se aprecia en Alemania bajo la influencia de los portavoces de la memoria judía, el francés Serge Klarsfeld y su esposa, la alemana Beate Klarsfeld, con el juicio de tres criminales nazis —impunes en los casos de Colonia—: Kurt Lischka, Ernest Heinrichson y Herbert Hagen.

Desde los años noventa, dos tribunales *ad hoc* encarnan el sueño de una justicia universal. El tribunal internacional para la antigua Yugoslavia y el tribunal de Ruanda. Se trata de dramáticas situaciones históricas donde se perpetraron genocidio y crímenes de lesa humanidad (la famosa «purificación étnica» de Milosevic con las masacres de Srebrenica y el genocidio de los Tutsis en Ruanda).

Pero atravesamos actualmente otro período histórico con el nacimiento de la Corte Penal Internacional. En la conferencia de Durban (2001), la justicia penal internacional fue criticada por los países africanos y del mundo árabe como una justicia colonialista.

El Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional propone alcanzar una complementariedad entre los sistemas nacionales y el nuevo sistema internacional de justicia. Las víctimas pueden personarse como acusación particular y obtener un reconocimiento así como

la reparación de los daños y perjuicios. El escenario judicial es totalmente novedoso: en la Haya, con las investigaciones, el papel del fiscal y los juicios de la Corte penal internacional, y dentro de los Estados, con los tribunales mixtos (Timor, Camboya y Líbano).

Pero el sueño de una justicia universal —por encima de los Estados— es relativo. Frente a las actuales cuatro investigaciones en la Corte Penal Internacional (Congo, Uganda, Darfur y África central), hay numerosas investigaciones y juicios en los sistemas judiciales estatales. Opino que es muy importante el juicio de los «Jemeres rojos» en Camboya (el genocidio de dos millones de personas, víctimas del régimen de Pol Pot) donde la composición del tribunal es mixta (con jueces internacionales), no pudiendo este tribunal dictar penas de muerte o reparar daños y perjuicios. La finalidad de esta justicia —su verdadero sentido— es únicamente la reconciliación nacional.

El juez, en dicha situación, debe mantener tres diálogos:

Primero, una relación y un *diálogo con el poder político*. Por ejemplo, en Francia, con el presidente Mitterrand, era muy difícil iniciar investigaciones sobre los criminales de lesa humanidad. La paz y el olvido representaban valores más importantes que la justicia. La relación de Mitterrand con el régimen de Vichy también. Hemos visto decisiones de justicia revisionistas. La responsabilidad del Estado francés en el genocidio de los judíos fue reconocido por el presidente Jacques Chirac (1995) al mismo tiempo que el juicio de Maurice Papon por complicidad en crímenes de lesa humanidad. El reconocimiento de los autores franceses de crímenes de lesa humanidad emana de los jueces y, al mismo tiempo, de los políticos. Después, la responsabilidad civil del Estado francés fue reconocida por nuestro *Conseil d'Etat*.

Pero para los crímenes cometidos durante la guerra de Argelia —sobre todo, la tortura— las leyes de amnistía aprobadas al acabar la guerra no permitieron investigaciones en el ejército francés. Hay numerosos libros, papeles, polémicas sobre el general Aussares, pero ningún juicio.

En segundo lugar, el juez debe dialogar con *los historiadores*. En efecto, la verdad de la historia no es la verdad judicial. El relato del historiador no es el del juez. El relato del historiador es libre. El relato del juez está vinculado por el derecho. En Francia, sobre el régimen de Vichy, cuarenta años después, tenemos muchos problemas en cuanto a la definición y los contornos de los crímenes de lesa humanidad. Los historiadores no entienden que lo que para ellos es un crimen de guerra, para el juez es un crimen de lesa humanidad. Por ejemplo, en el caso Touvier, según los historiadores la ejecución de siete rehenes es un crimen de guerra, pero según el juez es un crimen de lesa humanidad porque son judíos. El cuadro de referencia es diferente. El diálogo es necesario.

Terminaré diciendo que el diálogo más difícil es el diálogo del juez con *la memoria y las víctimas*. ¿Por qué?. La fuerza de las emociones de las víctimas transforma el juicio en una celebración de la memoria. Transforma el juicio en una superación de traumas. Es el choque entre el derecho y las emociones.

Por ejemplo, durante el juicio de Papon en Burdeos, hubo un incidente entre el presidente de la *Cour d'assises* y los abogados (especialmente Klarsfeld) cuando el tribunal dictó la libertad, antes del juicio, del acusado Papon. Esta decisión causó un enorme escándalo. Sin embargo, fue perfectamente legal y justificada desde el punto de vista de los derechos humanos. A fin de cuentas, Klarsfeld llegó a la siguiente conclusión: «un procès est un rapport de force... Nous avons du s'apercevoir l'autorité du président de la Cour d'assises qui avait déclaré son hostilité à notre égard en libérant Papon».

En mi opinión, el juez debe mantener las distancias respecto a esta memoria con la ayuda de los historiadores y de su ética profesional. El juez es el árbitro entre la memoria y el olvido, lo que el filósofo Paul Ricoeur llama «el olvido activo».

LA DEMOCRACIA ENCADENADA: LA RECIENTE EXPERIENCIA GRIEGA

STAVROS MANTAKIOZIDIS

Fiscal

Eteria Elinon Dikastikon Litourgon

Gia ti Demokratia ke tis Elefteries

Miembro del Bureau de MEDEL

En la madrugada del 21 de abril de 1967 los ciudadanos de Atenas se despertaron por un ruido extraño. Cuando abrieron las ventanas de sus casas vieron los tanques circulando por las calles y cuando encendieron los receptores de radio pudieron escuchar marchas militares y el anuncio de que algunos artículos de la Constitución, especialmente los relacionados con los derechos fundamentales y el funcionamiento del Parlamento, habían sido suspendidos.

Fue el comienzo de una dictadura militar que duró siete años y tres meses. Pero, ¿Cuál fue el rostro y la identidad de ese régimen? Diecisiete años antes algunos oficiales del ejército, especialmente capitanes y coroneles, decidieron formar un grupo secreto cuyo objetivo fue el derrocamiento del gobierno constitucional y el establecimiento de un gobierno militar. Su principal problema era encontrar el momento justo, el cual llegó en la primavera de 1967, después de un largo período de inestabilidad política causada principalmente por el palacio real. Mientras tanto pudieron convencer a muchos de sus compañeros y situarlos en posiciones cruciales, como los servicios de inteligencia, las unidades de intendencia, las comunicaciones, los transportes, etc.

La justificación teórica del régimen militar y la razón del golpe de estado, según sostuvieron sus líderes, fue el peligro de expansión comunista en Grecia, una doctrina desarrollada después de la Segunda

Guerra Mundial y tras el fin de la Guerra Civil entre el Ejército Democrático Griego, que estaba guiado por el Partido Comunista Griego, y el Ejército Nacional (Nacionalista). El conflicto finalizó en el año 1949 con la derrota del Ejército Democrático.

Desde las primeras horas del 21 de abril, el ejército y la policía empezaron a detener a personas de casi todas las clases sociales. La Junta sostuvo que habían detenido a cerca de 9.000 personas, pero lo cierto es que fueron más. Detuvieron al Primer Ministro Panagiotis Kanellou, al líder del mayor partido de la oposición George Papandreu, a su hijo Andreas Papandreu [quien posteriormente en 1981, como líder del Movimiento Socialista Panhelénico (PASOK), llegó a ser Primer Ministro], a todos los líderes de los partidos de izquierda, a ministros y a diputados.

Una de las primeras medidas adoptadas por la Junta fue la constitución de Tribunales Militares Especiales ante los que eran presentados, no solo el personal militar, sino también los civiles acusados de actuar en contra del «Gobierno Nacional» (el nombre dado por la Junta al régimen). Las penas impuestas normalmente a los acusados hallados culpables consistían en la prisión o el exilio o la deportación a campos de concentración, establecidos principalmente en pequeñas islas.

Desgraciadamente algunos jueces y fiscales de carrera fueron miembros de estos tribunales y tras la Restauración de la Democracia retornaron a sus antiguos puestos. *Cuando se les preguntó por qué lo habían aceptado contestaron que, o bien habían sido obligados a ello por el régimen militar, o bien pensaron que siendo magistrados de los Tribunales Militares podrían ayudar a los acusados.*

Algunos meses después del 21 de abril hicieron su aparición los grupos opositores, sin tener en cuenta el cruel comportamiento del régimen hacia las personas detenidas o interrogadas y las duras medidas adoptadas, tales como la censura de todos los medios de comunicación, la prohibición de reuniones públicas de más de tres personas, etc. Estos

grupos estaban compuestos por diferentes miembros de la sociedad, intelectuales, científicos, empleados, artesanos, trabajadores de la construcción, estudiantes, e, incluso, antiguos oficiales del ejército. Hicieron pintadas en las paredes con textos contra el régimen, imprimieron manifiestos en panfletos y los distribuyeron en lugares públicos o incluso confeccionaron bombas y las colocaron en edificios públicos e instalaciones, siempre tomando medidas para evitar herir o matar a alguien.

Una de las personas más destacadas de la Resistencia contra la Junta fue Alexandros Panagoulis, nacido en Atenas en 1939 y fallecido en un accidente de tráfico en 1976. Desde los primeros meses del régimen militar fundó una organización contra dicho régimen y el 13 de agosto de 1968 intentó asesinar al líder de la Junta, George Papadopoulos, colocando una bomba al borde de la carretera por la que pasaba éste para ir desde su casa a su oficina, aunque fracasó. Poco después fue detenido, salvajemente torturado y a los tres meses fue sometido a juicio ante el Tribunal Militar, que lo condenó a muerte, aunque la pena nunca fue ejecutada tras una enorme ola de protestas procedentes de todo el mundo. Oriana Fallaci, una periodista italiana muy popular en esa época y amiga íntima de Panagoulis, citó algunos años después la siguiente frase de éste: «Mi intención no fue la de matar a un hombre. Yo no soy capaz de matar a un hombre. Intenté matar a un tirano».

Fue liberado tras pasar en prisión cuatro años y medio, durante los que vivió literalmente en un agujero y utilizó su propia sangre para escribir poemas, ya que se le denegó la posibilidad de obtener papel y lápiz. Después de la caída de la Junta y la Restauración de la Democracia Panagoulis fue elegido diputado en el nuevo Parlamento. Murió en un accidente de tráfico en circunstancias muy extrañas el 1 de mayo de 1976.

Otro incidente digno de mención fue la tentativa contra la Junta, planeada y ejecutada por oficiales de la Armada en mayo de 1973, con la participación de algunos oficiales de las Fuerzas Aéreas. El plan consistía en que los conjurados tomarían una isla griega e iniciarían negociaciones

con el régimen militar para volver a la normalidad política, pero dicho plan fue revelado a la Junta y todos los participantes fueron detenidos.

1973 parecía ser un año crucial para el régimen militar. En marzo, estudiantes de todas las facultades universitarias de Atenas «ocuparon» la Facultad de Derecho exigiendo, no solo las libertades académicas, sino además el retorno a la normalidad, pero la infame policía militar penetró en el edificio y los detuvo. A principios de noviembre, después de una gran manifestación durante los funerales de George Papandreu, miles de participantes fueron golpeados brutalmente por la policía y muchos de ellos fueron detenidos. También en noviembre de ese año 14 alumnos de la Escuela Politécnica de Atenas se concentraron en la misma y empezaron a manifestarse contra al Junta con carteles con textos como «abajo la junta», «libertad», «rompamos nuestras cadenas», «muerte al fascismo», etc., invitando a la gente a unirse a ellos. De hecho, mucha gente, no solo estudiantes universitarios, entró en la Politécnica y participó en la protesta.

Los estudiantes montaron una emisora de radio amateur desde la que llamaban al pueblo a resistir. En la tarde del 16 de noviembre, la multitud de manifestantes alrededor de la Politécnica sumaba unas 100.000 personas, un hecho que asustó tanto al gobierno hasta el punto de ordenar a la policía la toma del control, no solo con granadas de gas, sino además con armas de fuego. Como resultado algunas personas fueron mortalmente heridas. A medianoche se ordenó la intervención del Ejército y un tanque tiró la puerta principal, junto a la que se concentraban muchos estudiantes. Uno de ellos resultó muerto y otros fueron gravemente heridos. Los soldados y los policías siguieron al tanque y comenzaron a disparar y a detener a las personas que se hallaban en el interior.

Las fotografías y las grabaciones de aficionados tomadas por los periodistas y por gente desconocida durante esos días y especialmente durante la noche del 17 de noviembre fueron vistas por millones de

personas en todo el mundo, lo que generó olas de protesta no solo en Europa sino además en otros continentes.

La Revuelta de la Escuela Politécnica, como se la conoció tras la caída de la Junta, fue el principio del fin de ésta. El 25 de noviembre George Papadopoulos fue violentamente reemplazado por el general de brigada del Ejército Dimitrios Ioannidis, antiguo comandante de la policía militar y un hombre fatídico para la moderna historia griega. Durante los meses siguientes, bajo su liderazgo, se multiplicaron las torturas, las detenciones y las deportaciones, pero su papel en la invasión turca de Chipre fue determinante. A comienzos de julio de 1974 Ioannidis, con el apoyo de algunos de sus amigos, organizó un golpe de estado en Chipre contra el Presidente Makarios, con la intención de unificar Chipre y Grecia. El día 15 de ese mes, las unidades del Ejército griego comenzaron a bombardear el Palacio Presidencial de Nicosia intentando asesinar a Makarios, pero afortunadamente éste pudo escapar y fue llevado a la Base del Ejército Británico en Acrotiri, desde donde partió al extranjero.

El 20 de julio 40.000 soldados turcos, apoyados por la fuerza aérea, invadieron la parte septentrional de la isla y al cabo de un mes habían completado la invasión, conquistando el 37 por 100 del terreno de la República de Chipre.

Turquía afirmó entonces que no se trataba de una invasión, sino de una «intervención pacífica» encaminada a restaurar el orden constitucional, pero el hecho es que *esta intervención dura ya 35 años hasta hoy*.

La invasión turca de Chipre supuso el último acto de un drama iniciado en Grecia el día 21 de abril de 1967. El denominado «Gobierno Nacional», un grupo de civiles y militares, intentó llegar a un acuerdo con los políticos y propuso a Panagiotis Kanellopoulos, el último primer ministro antes de la Junta, la formación de gobierno.

Finalmente, el 24 de julio Constantino Karamanlis, antiguo líder del Partido de la Derecha y primer ministro que vivía en París desde 1963, volvió a Atenas y se convirtió en el primer jefe de gobierno de la Grecia liberada.

LA «LUSTRACIÓN» EN RUMANÍA

DRAGOS CALIN,
HORATIUS DUMBRAVA
Y DANA CIGAN

Jueces
Uniunea Națională a Judecătorilor
din România

Los países de Europa del Este siguen atenazados por los dilemas provenientes de su pasado comunista, algunos de los cuales se refieren al poder judicial. Las nuevas democracias del Este europeo, al tiempo que se han visto abocadas a establecer un nuevo sistema económico y a reconocer, por ejemplo, el derecho individual a la propiedad privada, se han visto igualmente compelidas a resolver los dramáticos conflictos políticos originados antes de 1989.

En el sentir de los ciudadanos del Este, la «curación» del comunismo pasaba necesariamente por expulsar de sus cargos oficiales a los antiguos comunistas, en particular aquellos que hubieran sido agentes o informantes de los servicios secretos. En este sentido, la «lustración» (del latín «lustratio», que significa la purificación por el sacrificio de delincuentes, enfermos infecciosos u otras categorías humanas «impuras») post-comunista se ha visto bloqueada por la dificultad práctica de distinguir entre «buenos» y «malos», pues los «buenos» ciudadanos implícitamente apoyaban el régimen comunista y los «malos» frecuentemente eran obligados a convertirse en informantes.

Así las cosas, la «lustración» puede ser definida como la política administrativa adoptada por los regímenes post-totalitarios con la finalidad de librar las instituciones públicas de aquellas personas que trabajaron para los regímenes comunistas o colaboraron con ellos.

El dilema apuntado por Václav Havel —«todos estamos implicados: los que, más o menos, contribuyeron a crear este régimen, los que tácitamente lo aceptaron y aquéllos que inconscientemente se acostumbraron al mismo»— todavía no ha sido resuelto efectivamente por los países del Este. Muchos argumentos se han esgrimido en favor de la «lustración»: la dimensión moral como castigo de las malvadas prácticas comunistas; la dimensión profiláctica encaminada a proteger las democracias del totalitarismo; la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades evitando el chantaje entre políticos; la credibilidad de los nuevos regímenes, frente a la falta de credibilidad que caracterizaba al antiguo régimen que actuaba contra sus propios ciudadanos.

Mas por otra parte surgieron también argumentos contra la «lustración»: su carácter discriminatorio pues, basándose en una culpabilidad colectiva o en criterios de mera vinculación, raras veces se fundamenta en una culpa explícita; también el propio absurdo en que consiste la necesidad de probar el acto de lustración a través precisamente de datos recogidos por los servicios secretos del régimen represor, muy dados a desacreditar a los ciudadanos y a documentar sucesos ficticios.

En este contexto Rumanía no ha sido una excepción a la regla de la lustración, si bien parece que en su caso el proceso de lustración se ha limitado a revelar el carácter de antiguo agente o colaborador de la policía secreta en aquellos casos en que la persona afectada o bien ocupa, o bien pretende ocupar, un cargo público.

En esta línea, el conocido Punto Octavo de la «Declaración de Timisoara» constituye un hito histórico: «8º Como consecuencia de lo anterior, proponemos que la ley electoral prohíba a los antiguos militantes comunistas y los antiguos funcionarios de la Securitate presentarse como candidatos a cualquier tipo de elecciones. Su implicación en la vida política del país ha sido la fuente principal de las tensiones y sospechas que atormentan a la sociedad rumana en la actualidad. Hasta que la situación devenga más estable y tenga lugar la reconciliación nacional, la

ausencia de aquéllos de la vida pública resulta absolutamente necesaria. Por tanto exigimos que la ley electoral incluya un párrafo específico prohibiendo a los antiguos militantes comunistas presentarse a la elección presidencial. El Presidente de Rumanía debe ser un símbolo de nuestra salida del comunismo. Haber sido miembro del partido comunista no puede ser visto como un crimen. Somos conscientes de cómo la vida de cada uno dependía del «carnet» del partido —para la promoción profesional o para conseguir una vivienda—, y qué dramáticas consecuencias podrían derivarse de su retirada. Pero los militantes eran personas que para servir al partido comunista abandonaron sus profesiones y se beneficiaron de importantes privilegios. Las personas que voluntariamente tomaron esta decisión no presentan el perfil moral que demanda la presidencia del país. Proponemos por tanto que las prerrogativas de dicha institución deben ser, como en los demás países civilizados, limitadas. Por consiguiente, cualquier personalidad de la vida cultural o científica puede presentarse a la presidencia de Rumanía, incluso careciendo de experiencia política previa. En la misma línea, proponemos que la primera legislatura sea sólo de dos años, periodo que debe ser utilizado para reforzar las instituciones democráticas y clarificar la ideología de todos los partidos que han aparecido. Sólo de este modo seremos capaces de elegir efectivamente, poniendo todas las cartas sobre la mesa».

Sin embargo, este memorable momento fue desperdiciado por los rumanos debido, tal vez, a su pasividad colectiva, a un sentimiento de culpa oculto en el subconsciente colectivo y originado por el hecho de que la duración del régimen comunista fue también resultado de la ausencia de reacción ante la dictadura.

La lustración en Rumanía ha sido, y hablamos del ámbito judicial, menos que modesta. Sucesivas normas fueron adoptadas para revelar los nombres de aquellos que durante el régimen comunista maltrataron y oprimieron al prójimo, pero en el ámbito de jueces y fiscales, tras 1989, pasaron inadvertidos.

La primera norma, adoptada solamente diez años después de la caída del comunismo (Ley 187/1999) estableció que la lustración sólo se aplicaría a los colaboradores o miembros de los servicios secretos hasta el año 1990 que hubieran actuado como «policía política». La lustración no se iba a aplicar a aquellos que simplemente trabajaron o colaboraron con los servicios secretos hasta 1990, ni a los líderes del antiguo partido comunista o miembros de la Gran Asamblea Nacional (sucedáneo comunista del parlamento).

El ámbito judicial fue regulado relativamente tarde (Ley 247/2005), en relación con todas las categorías de magistrados (jueces y fiscales) y todo el personal al servicio de los juzgados.

Por consiguiente, de acuerdo con la normativa indicada no sólo los colaboradores de la Securitate (el servicio de inteligencia comunista) podían ser designados y fueron designados para altos cargos en tribunales y fiscalías, y miembros del Consejo Superior de la Magistratura. La ley no establecía a quién correspondía decidir si una persona era un simple trabajador o un colaborador, lo cual convirtió el proceso de lustración en inaplicable.

Cabe aportar un ejemplo: se sospechó que un miembro electo del Consejo Superior de la Magistratura, la jueza Florica Bejinaru, había colaborado con la Securitate (redactó 52 informes en un año y medio). A demanda de la propia jueza Bejinaru, el Consejo Nacional para el Estudio de los Archivos de la Securitate dictó una resolución donde se declaraba que aquélla no había estado involucrada en actividades de policía política. Sin embargo, lo cierto es que su colaboración con la Securitate sigue siendo todavía controvertida y es obvio que en este caso la Ley reguladora del Consejo Superior de la Magistratura no permite la presencia de un miembro electo si se prueba que fue siquiera un simple colaborador (la simple colaboración es contemplada como una prohibición per se, sin necesidad de demostrar necesariamente la implicación en actividades de policía política). Por otra parte, los miembros

del Consejo Superior de la Magistratura rechazaron obstinadamente clarificar la situación de la jueza Bejinaru, quien todavía es miembro de dicha institución.

Recientemente los medios de comunicación publicaron una lista de veintinueve magistrados descubiertos por el Consejo Nacional para el Estudio de los Archivos de la Securitate como antiguos funcionarios o colaboradores de la policía secreta. De los quince jueces y catorce fiscales incluidos en la lista, cinco todavía ocupan un cargo de responsabilidad, incluyendo un juez respecto de quien en 2008 se descubrió que había sido un antiguo colaborador con el sobrenombre de «Aurel». Este último fue enjuiciado por el espionaje a la antigua ministra de justicia, señora Rodica Stanoiu, quien a su vez fue descubierta como colaboradora con el sobrenombre de «Sanda». Este caso todavía no ha sido completamente enjuiciado. La mayoría de los casos de los veintinueve jueces y fiscales descubiertos todavía están siendo enjuiciados en el Tribunal de Apelación de Bucarest.

En conclusión, la completa curación de la sociedad rumana exige que la lustración se lleve efectivamente a cabo. Aunque hayan pasado veinte años desde la caída del régimen de Ceausescu no es demasiado tarde para ello. El peligro sigue existiendo. Las prácticas y mentalidades de aquellos que apoyaron el régimen comunista todavía permanecen pues algunos aún desempeñan cargos oficiales. El sistema todavía necesita una limpieza, principalmente el poder judicial, espina dorsal de una auténtica democracia. Lo que es más, la lustración debe ser real y debe conducir al descubrimiento de todos aquellos colaboradores que tras 1990 han ocupado un alto cargo público, y a la destitución de los que todavía lo ocupen en la actualidad. Debe ser también completa y librarlos de todos los miembros o colaboradores de la Securitate y de aquellos que ocuparon posiciones relevantes en dichas estructuras.

Los partidos políticos deben consensuar una ley sobre memoria histórica, necesaria para una completa lustración. No sólo para magistra-

dos sino también para todas las profesiones jurídicas. Hasta que esta ley no sea adoptada, las instituciones deben ejercer las iniciativas legales oportunas para descubrir a todos aquellos que colaboraron con la Securitate y que ahora ocupan altos cargos de la judicatura y la fiscalía, así como todos aquellos magistrados que fueron agentes encubiertos o colaboradores del servicio de inteligencia rumano, o de servicios extranjeros, incluso después de 1990.

MEMORIA HISTÓRICA VS. IMPUNIDAD: LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

JAVIER GONZÁLEZ VEGA
Catedrático de Derecho internacional
público y Relaciones internacionales
Universidad de Oviedo

1. Planteamiento: Derecho internacional y Memoria histórica

Ciertamente la consideración de las cuestiones objeto del presente coloquio desde la perspectiva del Derecho internacional se antoja pertinente, no por la condición profesional de este ponente sino porque el Derecho internacional contemporáneo se ha erigido en una referencia indiscutible para afrontar los problemas asociados con la reivindicación de la memoria histórica, el castigo de los responsables de graves violaciones de normas internacionales o internas producidas en el pasado y la reparación a las víctimas.

Ciertamente, el tema revela planteamientos de muy diferente naturaleza. Sin duda, el caso suscitado por la reparación a las víctimas del tráfico trasatlántico de esclavos es —junto con el del trato de las poblaciones indígenas amerindias o el fenómeno del colonialismo— uno de los exponentes más llamativos de las dificultades de todo orden que plantea el tratamiento jurídico de estos problemas¹. De hecho, las reivindicaciones maximalistas esgrimidas por sus defensores en el curso de la *Conferencia mundial contra el racismo*, celebrada en Durban (Sudáfrica) en el verano de 2001 se estrellaron contra la oposición de un

¹ Sobre el particular *vid.* PETÉ, S., DU PLESSIS, M., «International Law and Reparations for the Atlantic Slave Trade : A Case Study in Legal Obfuscation», *South African Yearbook of International Law*, vol. 31, 2006, pp. 243-262.

significativo número de Estados participantes, limitándose la Declaración Final adoptada a proclamar:

«Reconocemos que la esclavitud y la trata de esclavos, en particular la trata transatlántica, fueron tragedias atroces en la historia de la humanidad, no sólo por su aborrecible barbarie, sino también por su magnitud, su carácter organizado y, especialmente, su negación de la esencia de las víctimas, y reconocemos asimismo que la esclavitud y la trata de esclavos, especialmente la trata transatlántica de esclavos, constituyen, y *siempre deberían haber constituido*, un crimen de lesa humanidad y son una de las principales fuentes y manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y que los africanos y afrodescendientes, los asiáticos y las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas de esos actos y continúan siéndolo de sus consecuencias;»²

Sin embargo, no es necesario alejarse mucho ni en el espacio ni en el tiempo para encontrar planteadas reivindicaciones en las que de nuevo el Derecho internacional se erige en criterio decisivo para reivindicar una reparación respecto de actuaciones ilícitas producidas en el pasado. En este sentido, basta evocar los argumentos desarrollados por los recurrentes en un litigio sustanciado no ha mucho ante nuestros Tribunales: tal como reflejaba nuestro Tribunal Supremo en su decisión:

«...la parte recurrente denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico en relación con los principios generales del derecho y los acuerdos y tratados internacionales. Alegando en síntesis; a), que cuando la sentencia declara «por otra parte, no hay en la legislación que se invoca por los actores ninguna obligación por parte del Ministerio de Defensa para exhumar e identificar los restos de D. A.R.C.» está ignorando y conculcando... la existencia de una serie de resoluciones internacionales en el marco de los derechos fundamentales de los cuales también es parte el Estado Español; ...c), que España como parte

² Párr. 13, Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durbán, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001 (cursivas añadidas).

de la Comunidad Internacional y participe de dichas decisiones, aunque todavía no forman parte del derecho interno, debería aplicar las resoluciones cuyo contenido cita, y que son la resolución 1989/65 de 24 de mayo de la ONU, relativa a la prevención e investigación de ejecuciones extralegales, sumarias o arbitrarias y el informe elaborado en aplicación de la decisión 1996/119, entre la que se incluye el derecho a la reparación, el derecho de las víctimas a saber y a la justicia y el deber de recordar, y concluyendo, que lo que se interesa entra claramente en el derecho de reparación reconocido por la ONU...»³

La suprema jurisdicción, sin embargo, siguiendo la previa decisión de la recurrida, advertía, sin mayores pormenores, que aquellos supuestos exponentes del Derecho internacional invocados por la recurrente no formaban parte del ordenamiento interno —verosíblemente por no haber sido objeto de la preceptiva publicación oficial—. De suerte que, concluía:

«... en nada importan, a los efectos de esta *litis*, las razones humanitarias e incluso afectivas que se invocan, por mucho que éstas sean dignas de todo respeto y consideración, *ni tampoco las invocaciones del derecho internacional, que el propio recurrente reconoce que no forman parte de nuestro derecho interno*, como recuerda el Abogado del Estado»⁴.

³ *Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo)*, de 15 de diciembre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. ANTONIO MARTÍ GARCÍA; Fdto. Jco. 4º.

⁴ *Ibid.* Cursivas añadidas. En realidad, el simplista rechazo de los textos internacionales referidos —Informes y Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas— fundado en su no publicación —por otro lado, imposible dada la naturaleza de los actos en cuestión (simples recomendaciones emanadas de órganos carentes de competencias jurídicamente vinculantes para los Estados), obvia la cuestión del presumible carácter de *soft law* de tales manifestaciones y, en línea con ello, la posible naturaleza consuetudinaria de las reglas en ellos establecidas, habida cuenta de los procesos de interacción normativa susceptibles de plantearse en el Derecho internacional contemporáneo. Sobre este conjunto de cuestiones *vid. per omnia* GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho internacional público*, 4ª ed. rev., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 167-175 y 312-317. En cuanto al contenido de los textos mencionados *vid.* el análisis que realizamos *infra*.

Es cierto, no obstante, que nuestra Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (*BOE*, núm. 310, 27 de diciembre de 2007) —conocida como la «Ley de Memoria Histórica»⁵— no confiere prácticamente relieve al Derecho internacional a la hora de establecer el endeble marco normativo que sustenta los «derechos» de las víctimas de la represión del régimen franquista⁶. Con todo, no ha de verse en ello posiblemente más que uno de tantos olvidos a los que nos tiene acostumbrado nuestro técnicamente perfectible legislador.

⁵ En general sobre la misma *vid. Derecho y Memoria Histórica*, (J.A. MARTÍN PALLÍN, R. ESCUDERO ALDAY, coords.), Trotta, Madrid, 2008).

⁶ La ausencia de esta dimensión en el tema es denunciada por CAPPELLÁ I ROIG, M., «La recuperación de la memoria histórica desde la perspectiva jurídica e internacional», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, (monográfico La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo), núm. 7 septiembre 2008, pp. 273-279. Texto accesible en <<http://www.eumed.net/entelequia/pdf/2008/e07a16.pdf>>. De hecho, la única referencia con connotaciones internacionales en el texto legislativo es la recogida en el párrafo cuarto, *in fine*, de su Exposición de Motivos en la que se afirma que: «La presente Ley asume ... la condena del franquismo contenida en el Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa firmado en París el 17 de marzo de 2006 en el que se denunciaron las graves violaciones de Derechos Humanos cometidas en España entre los años 1939 y 1975.» (Cfr. Ley 52/2007). Con todo, ni siquiera en tan raquíptica referencia está el Legislador avezado pues identifica como un mero informe lo que es en puridad una Recomendación de la Asamblea Parlamentaria —la 1736 (2006)—, *sobre la necesidad de condenar el franquismo a nivel internacional*, adoptada —que no firmada— por la Comisión permanente en nombre de la Asamblea el 17 de marzo de 2006, en su sede de Estrasburgo —y no en París—. En cambio, el informe al que se hace mención —y del que se deriva el texto de la Recomendación precitada— es un mero documento preparatorio elaborado previamente por el Diputado socialista maltés, Sr. Brincat, en su condición de relator, y presentado a la Comisión de Cuestiones políticas de la Asamblea el 4 de noviembre de 2005, *Doc. (C. de E.) 10737*. Por lo mismo, la Ley omite toda referencia a la posición del Comité de Ministros sobre el particular, de 10 de mayo de 2006, *Doc. (C. de E.) 10930*, y evita señalar que todas las actuaciones anteriores se derivan de la propuesta de resolución presentada por el Diputado socialista español, Sr. L. Yáñez-Barnuevo García y respaldada por otros 39 diputados el 11 de febrero de 2004, *Doc. (C. de E.) 10078*. Todos los textos pueden ser localizados en <<http://assembly.coe.int/>>.

De hecho, y abundando en aquella idea —esto es, la dimensión internacional del tema— no ha de extrañar que en el célebre —y fugaz— *Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5*, dictado por el Magistrado D. Baltasar Garzón, de nuevo afloren argumentos de Derecho internacional para justificar las medidas acordadas por aquél⁷.

2. Las orientaciones del Derecho internacional en relación con los crímenes cometidos en el pasado: la lucha contra la impunidad

En todo caso, conviene advertir que, en efecto, en el Derecho internacional se han registrado una serie de desarrollos relacionados con las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por regímenes autoritarios. Se trata de un conjunto de trabajos desarrollados en relación con la impunidad en el seno de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas en momentos sucesivos: inicialmente en los años 90 las labores desarrolladas por parte de su órgano subsidiario —el Subcomité para la promoción y protección de los derechos humanos— en relación con el tema culminaron con la adopción de la Resolución 1998/53, de 17 de abril de 1998, de la Comisión de Derechos Humanos en la cual aquélla tomaba nota de un conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos a través de la acción para combatir la impunidad⁸.

En un momento posterior, ya en la presente década, la Comisión retomaba nuevamente el tema con el objetivo de «actualizar» el conjunto

⁷ Al respecto *vid.* los Fdtos. 3º, 4º, 5º, 9º, 10º y 11º.

⁸ Apdo. 5, Resolución 1998/53; texto accesible en <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9ed55c959c5d8a5f802566cd005bd36e>>. Se trataba de los principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, que figuraban en el anexo del informe presentado por el Sr. LOUIS JOINET (*Doc. NU, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997*) de conformidad con la decisión 1996/119 de la Subcomisión, de 29 de agosto de 1996.

de principios elaborados para luchar contra la impunidad. El resultado de este proceso se plasmaba en una revisión y simplificación de aquéllos. En este caso la labor se iniciaba con la adopción de la Resolución 2003/72, de 25 de abril de 2003— en la cual la Comisión de Derechos humanos, enfatizaba la importancia de combatir la impunidad para prevenir las violaciones de los derechos humanos y urgía a los Estados a prestar la necesaria atención a estas cuestiones, adoptando las medidas oportunas para enjuiciar a sus autores, evitando la concesión de medidas de amnistía para los responsables de graves violaciones de los derechos humanos o del Derecho internacional humanitario y adoptando aquellas acciones coherentes con sus obligaciones con arreglo al Derecho internacional⁹. Tras ello, el Secretario General encomendaba la realización de un estudio independiente sobre la cuestión en el cual se recomendaba:

«Although some aspects of the Principles —notably those pertaining to the creation of an international criminal court— may benefit from being updated, recent developments in international law have strongly affirmed the Principles as a whole. Some of the Principles embody principles of human rights treaty and customary law that were already well established in 1997; others have been affirmed by more recent developments in international law summarized in this study. The Principles have themselves provided an influential framework for domestic measures aimed at combating impunity. In light of these observations, it is recommended that the Commission on Human Rights appoint an independent expert to update the Principles with a view to their adoption by the Commission.»¹⁰

Como resultado, era la propia autora del informe —la Profesora estadounidense D. Orentlicher— la designada como experta, la cual con suma celeridad concluía su trabajo.

⁹ *Cfr.* texto en < [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.RES.2003.72.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.RES.2003.72.Sp?Opendocument) >.

¹⁰ Promotion and Protection of Human Rights: Impunity, *Doc. NU*, E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004, p. 21, párr. 65.

En concreto, los principios —tal cual resultan de la revisión efectuada en el año 2005— se concretan en una serie de obligaciones generales de los Estados en relación con la lucha contra la impunidad, así como en la afirmación de la tríada «derecho a saber, derecho a la justicia y derecho a obtener reparación/garantías de que no se repitan las violaciones».

Más específicamente, las obligaciones generales de los Estados se plasman en las siguientes:

«La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.»¹¹

Por otra parte, se afirma el derecho de las víctimas a saber, de suerte que:

«Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.»¹²

Y, correlativamente, se impone el deber de los Estados de hacer efectivo ese derecho.

«Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese de-

¹¹ Principio 1. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, en Promoción y Protección de los derechos humanos: Impunidad, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Adición: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *Doc. NU*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, p. 7.

¹² Principio 4. El derecho de las víctimas a saber, *Ibid.*

recho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos.»¹³

Asimismo, también compete a los Estados garantizar los oportunos recursos jurisdiccionales¹⁴, así como las consabidas reparaciones a las víctimas o sus causahabientes¹⁵.

¹³ Principio 5. Garantías para hacer efectivo el derecho a saber, *Ibid.*, pp. 7-8.

¹⁴ *Cfr.* Principio 19. Deberes de los Estados en materia de administración de la Justicia: «Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.», *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁵ *Cfr.* Principio 32. Procedimientos de reparación: «Tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el principio 23. En el ejercicio de dicho recurso, debe beneficiarse de una protección contra actos de intimidación y represalias. También pueden proporcionarse reparaciones mediante programas, basados en medidas legislativas o administrativas, financiados por fuentes nacionales o internacionales, dirigidos a individuos y a comunidades. Las víctimas y otros sectores de la sociedad civil deben desempeñar un papel significativo en la elaboración y aplicación de tales programas. Deben hacerse esfuerzos concertados para asegurar que las mujeres y los grupos minoritarios participen en las consultas públicas examinadas a elaborar, aplicar y evaluar los programas de reparación. El ejercicio del derecho a obtener reparación comprende el acceso a los procedimientos internacionales y regionales aplicables.», *Ibid.*, p. 17.

El valor jurídico de estos trabajos es no obstante relativo: de un lado, por cuanto con carácter general, las resoluciones en cuestión poseen una naturaleza estrictamente recomendatoria pues emanan de un órgano que no está investido de competencias normativas; en tanto que los informes elaborados por los expertos son —por su propia naturaleza— actos desprovistos de toda naturaleza normativa. Ahora bien, la ineficacia jurídica intrínseca de tales manifestaciones no empece para que el contenido plasmado en esos textos pueda resultar expresivo de reglas jurídicas existentes bien por encontrarse recogidas en tratados internacionales en vigor, bien por constituir exponentes «de una práctica generalmente aceptada como Derecho» —por emplear la expresión del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia— por parte del conjunto de los Estados; se trataría en este último caso de exponentes de una costumbre internacional de alcance general o universal.

Con todo, ha de advertirse que no todas las reglas son susceptibles de constituir exponentes del Derecho internacional en vigor, habida cuenta del carácter particularista de buena parte de los desarrollos evocados en los trabajos realizados. Abundando en esta idea, conviene advertir que el propio Relator especial en materia de impunidad, L. Joinet, relativizaba el valor de sus aportaciones, en su informe final al advertir que:

«A quienes pudieran caer en la tentación de considerar que el conjunto de principios aquí propuestos podría constituir un obstáculo a la reconciliación nacional, les respondería que *estos principios no constituyen normas jurídicas en sentido estricto, sino principios rectores* cuyo objetivo no estriba en dificultar la reconciliación, sino en encauzar las consecuencias de ciertas políticas de reconciliación a fin de que, después de la primera etapa, más bien de ‘conciliaciones’ que de ‘reconciliación’, se puedan sentar los cimientos de una ‘reconciliación fuerte y duradera’».¹⁶

¹⁶ Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. JOINET de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, *Doc. NU, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1*, 2 de octubre de 1997, p. 14, párr. 49 (cursivas añadidas).

3. La creación de las normas del Derecho internacional y los crímenes derivados de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad)

Una de las cuestiones que plantean las reivindicaciones de los deudos de las víctimas de la represión en el curso de la guerra civil por parte de los militares sublevados y durante la dictadura franquista es la comisión de graves crímenes de Derecho internacional (actos de tortura, desapariciones forzosas, ejecuciones sumarias —frecuentemente extrajudiciales—, etc.) los cuales serían susceptibles de tipificarse como crímenes contra la humanidad. De hecho este argumento aparece recogido en el pormenorizado estudio elaborado por *Amnistía Internacional* sobre la cuestión¹⁷; asimismo, está presente en el mencionado Auto de 16 de octubre de 2009¹⁸.

Este planteamiento, sin embargo, debe tener presente un dato y es la naturaleza esencialmente consensualista del Derecho internacional, de modo que al hablar de las normas en cuestión es necesario fundamentar su aceptación generalizada por parte del conjunto de los Estados.

Ciertamente, al hablar de situaciones en las que se plantea la vulneración de intereses asociados con el respeto del ser humano y de su dignidad es factible apreciar un *consensus communis* en el seno de la comunidad internacional —y que ha quedado patente en la anuencia que el conjunto de los Estados han prestado a la creación de sucesivas instan-

¹⁷ Amnistía Internacional, *España: Poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*, Sección española de Amnistía Internacional, 18 de julio de 2005, pp. 21 y ss. Un análisis actualizado de estas cuestiones, también desde la perspectiva de la organización, es abordado en TAMAYO, G., «Los derechos de las víctimas de la guerra civil española y el franquismo en el contexto de la experiencia mundial y las obligaciones internacionales sobre verdad, justicia y reparación», *Entelequia. Revista interdisciplinaria*, (monográfico La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo), núm. 7, septiembre 2008, pp. 255-271; accesible en < <http://www.eumed.net/entelequia/pdf/2008/e07a15.pdf> >.

¹⁸ *Vid. supra*.

cias jurisdiccionales internacionales o internacionalizadas a las que se asignaba como cometido el enjuiciamiento de conductas relacionadas con aquellas infracciones¹⁹—.

Por otra parte, la noción de normas imperativas (*jus cogens*) acogida en el Derecho internacional contemporáneo *apud* art. 53 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969 (BOE, núm. 142, 13 de junio de 1980) constituye la técnica normativa del Derecho internacional contemporáneo para vehicular tales contenidos.

Con todo, conviene advertir que ni todos los Estados²⁰, ni la doctrina del Derecho internacional son unánimes a la hora de aceptar esta última

¹⁹ En efecto, tras las previas experiencias del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), la evolución posterior ha encauzado el desarrollo de la responsabilidad penal individual por genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por vías totalmente diferentes a las anteriores sugiriendo un indudable relegamiento de las fórmulas propiamente jurídico-internacionales, no sólo en la forma sino incluso en el contenido —el Derecho aplicable— y ello en abierto contraste con los desarrollos del periodo inmediatamente anterior (Cfr. LEKHA SRIRAM, C., «Globalising Justice: From Universal Jurisdiction to Mixed Tribunals», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, 2004, pp. 7-32). En este sentido, basta confrontar los sucesivos órganos jurisdiccionales establecidos —Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental, Kosovo, Bosnia-Herzegovina e Irak (por no hablar del «excepcionalismo» del Tribunal *ad hoc* para el Líbano)— para percibir la profunda transformación en el tratamiento de la cuestión que revelan tales desarrollos.

²⁰ No está de más recordar que eran precisamente los artículos 53 y 64 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre derecho de los tratados celebrados entre Estados, relativos, como es bien sabido, a las normas imperativas (*jus cogens*) lo que hasta no ha mucho centraban el rechazo de la R. Francesa a este texto convencional; en consonancia con lo cual una autora de la talla de la desaparecida S. BASTID podía sostener que el *ius cogens* carecía de una «práctica incontestable», aunque parecía «tender a afirmarse en algunos supuestos» (*Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*, Economica, París, 1985, p. 104). En cambio, tal controversia ha decaído actualmente, como advierte TOMUSCHAT al sostener que incluso aquellas disposiciones se «han integrado ya en el *corpus* del derecho internacional general» (TOMUSCHAT, CH., «International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new Century (General Course on Public International Law)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (de La Haye)*, t. 281, 1999, p. 81). Es revelador de ello, que un autor

construcción²¹, de suerte que hay quienes postulan un enfoque radicalmente voluntarista a la hora de abordar la cuestión; con arreglo a este criterio, sería pues decisivo el consentimiento de un Estado para pretender deducir frente al mismo el valor de una determinada norma; en caso contrario, aún si la norma gozara de un reconocimiento generalizado no resultaría oponible frente a un Estado que no hubiera nunca consentido en obligarse por la misma (doctrina del objetor persistente).

4. El contenido sustantivo y los aspectos modales de los crímenes de lesa humanidad

No plantea mayores dificultades la identificación de las conductas susceptibles de subsumirse en el concepto de crímenes contra la humanidad; de hecho, basta retener, a título orientativo, los supuestos tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo, CPI), de 17 de julio de 1998, en donde se encuadran bajo esa genérica rúbrica los siguientes:

- «a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

tan renuente a su aceptación como P. WEIL admita que la teoría del *jus cogens* forma ya parte del Derecho internacional (WEIL, «Le droit international en quête de son identité (Cours général de Droit international public)», *Recueil des Cours de l'Académie...*, cit., t. 237 (1992-VI), p. 269) y que el *Restatement of The Law (Third) The Foreign Relations Law of the United States*, vol. I, American Law Institute Publishers, Saint Paul, 1987, reconozca su general aceptación sin perjuicio de advertir las incertidumbres en torno a su contenido.

²¹ Ciertamente son cada vez menos las voces que se alzan para impugnar esta construcción, aunque «haberlas haylas» como bien revela la contribución de GLENNON, M.J., «De l'absurdité du droit impératif (*Jus cogens*)», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 110, 2006, pp. 529-536.

- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.»²²

Es cierto, no obstante, que la aplicación directa de semejantes disposiciones choca con la naturaleza irretroactiva inherente al Estatuto de la CPI, así como con la regla general del Derecho intertemporal —plenamente operativa en el Derecho internacional— de acuerdo con la cual toda situación debe ser analizada a la luz del Derecho vigente en el momento en que tiene lugar. Sin embargo, no lo es menos que las normas que expresan «principios de moral universal» escaparían del juego de

²² Art. 7 del Estatuto de la CPI, de 17 de julio de 1998 (*BOE*, núm. 126, 27 de mayo de 2002; corr. errores, *BOE*, núm. 180, 29 de julio de 2002). Sobre las innovaciones introducidas por esta disposición *vid.* QUEL LÓPEZ, J., «La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados», en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, (J. QUEL LÓPEZ, ed.), (Col. Escuela Diplomática, núm. 4), Madrid, AEPDIRI-BOE, 2000, pp. 92 y ss.; RUEDA FERNÁNDEZ, C., «Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?», en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional* (J.A. CARRILLO SALCEDO, coord.), CGPJ, 2000, pp. 301; LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 119-126; ABRISKETA, J., «La Corte Penal Internacional: sanción para las más graves violaciones de los derechos humanos», en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. GÓMEZ ISA, dir.; J.M. PUREZA), Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 648-651.

aquella regla al poseer una naturaleza intemporal²³. Cuestión distinta es la naturaleza imprescriptible de tales crímenes tal como revela la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968²⁴; característica reiterada por los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, contenidos en la Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 de la AG de las NU²⁵.

Por otra parte, como es conocido, la formulación del concepto de crímenes contra la humanidad se deriva de las reglas sustantivas establecidas en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg de 6 de octubre de 1945, aunque se remite a conductas que arrancan ya del año 1933. Con todo, ha de advertirse que los supuestos allí contemplados se relacionan con el contexto de la II Guerra Mundial, planteando serias dudas sobre su eventual aplicación fuera de este marco²⁶.

²³ Cfr. RIGAU, F., « Impunité, crimes contre l'humanité et jurisdiction universelle », en *Impunity, Impunidad, Impunité*, Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, Ginebra, 1993, p. 83.

²⁴ Cfr. texto en < http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_limit_sp.htm >.

²⁵ Cfr. texto en < <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/28/ares28.htm> >. En línea con ello, los Principios actualizados de 2005 para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad reafirman esta idea (Cfr. Principio 23. Restricciones a la prescripción, en Promoción y Protección de los derechos humanos: Impunidad, Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Adición: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *Doc. NU, E/CN.4/2005/102/Add.1*, 8 de febrero de 2005, p. 14).

²⁶ Al respecto *vid.* BOLLO AROCENA, M^a.D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2004 pp. 61-68; CHERIF BASSIOUNI, M., «Crimes against Humanity», en *International Criminal Law, vol. I, Sources, Subjects and Contents*, 3^a ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, p. 440; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, Parthenón, 2007, pp. 90 y ss.; RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 135-138.

Finalmente, desde la perspectiva del Derecho internacional tampoco está exento de dificultades el tema de los indultos y las amnistías. De hecho, en relación con esta cuestión ha de señalarse que las orientaciones del Derecho internacional no son inequívocas; todo lo más, a la luz de la más reciente jurisprudencia internacional —transida, en todo caso, de un indudable particularismo— cabría hablar de la incipiente cristalización de una regla de derecho internacional tendente a limitar su operatividad en los casos en los que su establecimiento tuviera por efecto consolidar de forma flagrante situaciones de impunidad frente a graves violaciones de los derechos humanos; de acuerdo con semejante orientación, en cambio, no ocurriría tal cosa si se arbitraran otros procedimientos —no necesariamente de carácter jurídico penal— a través de los cuales se propiciara un reconocimiento de una responsabilidad moral, civil, etc.²⁷.

5. A modo de conclusión: el Derecho internacional frente a los «crímenes del franquismo»

El marco normativo precedente refleja claroscuros con arreglo a los cuales resulta problemático ofrecer una respuesta inequívoca para la cuestión planteada por los genéricamente denominados «crímenes del franquismo». En efecto, tal como se desprende de lo anterior la clara condena del Derecho internacional frente a las graves violaciones de los derechos humanos y la articulación de mecanismos para encarar la responsabilidad de sus autores nos sitúa en presencia de desarrollos gestados en momen-

²⁷ *Cfr.* WILLIAMS, S., «Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court for Sierra Leone», *Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 271-309, en pp. 292-295. Sobre el contenido de los Principios actualizados de 2005 en la materia *vid.* Principio 24. Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía, en Promoción y Protección de los derechos humanos: Impunidad, Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Adición: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, *Doc. NU*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, pp. 14-15.

tos relativamente recientes y concebidos en clara respuesta a las situaciones planteadas por las actuaciones de regímenes autoritarios de diferente signo político en las últimas décadas; tales desarrollos, en cambio, con la salvedad de la regulación relativa a los crímenes de lesa humanidad —de operatividad discutible, por otra parte, en este concreto ámbito— no contemplan situaciones tales como la planteada por la represión realizada en el curso de la guerra civil española o el «primer franquismo».

Este panorama se complica además por el hecho de que la política exterior de la España democrática y, dentro de ella, su política jurídica exterior —considerada en su conjunto— no ha estado en este punto a la altura que sería de esperar. En efecto, contra lo que constituye una opinión generalizada, nuestro Estado ha adoptado y mantenido una política cicatera a la hora de asumir compromisos en relación con la protección de los derechos humanos²⁸. Por otra parte, en lógica coherencia con el «pacto de silencio» sobre los «crímenes franquistas» sellado *ad intra* durante el proceso de transición, nuestro Estado eludió toda posición o compromiso en cuestiones de derechos humanos en el ámbito exterior que cuestionara aquél²⁹. Si a ello se suman las circunstancias de

²⁸ No se olvide. Nuestro Estado no asumió las obligaciones contenidas en el Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales hasta el año 1991. Aún se encuentra culminando la ratificación del Protocolo número 4 al mismo texto -30 años después de su firma- y al Protocolo número 7 -25 años después de su elaboración-. Y sólo en la presente Legislatura ha aprobado la retirada de la reserva al artículo IX sobre reconocimiento de la competencia de la CIJ en el marco del Convenio para prevención y sanción del delito de genocidio de 1948.

²⁹ Un interesante análisis —no exento de controversia— sobre la coherencia o incoherencia de la política interior y exterior española durante la transición en relación con estas cuestiones puede consultarse en CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Transición española y justicia transicional: ¿Qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de Derecho Internacional postergados en la transición política de España», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, (monográfico La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo), núm. 7 septiembre 2008, pp. 331-354. Texto accesible en <<http://www.eumed.net/entelequia/pdf/2008/e07a20.pdf>>.

nuestro Estado en la segunda posguerra del pasado siglo³⁰, así como los problemas políticos asociados con la «guerra fría» al calor de los cuales se gestó el texto de la capital Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968³¹, no ha de extrañar que nuestro Estado no sea parte en la misma, restando con ello crédito a la vigencia y operatividad de tales reglas en nuestro sistema jurídico interno y por ende a su eventual aplicación en relación con los «crímenes del franquismo».

³⁰ Como es obvio, dado el ostracismo en que se vió sumido nuestro Estado entre 1946 y 1955, no tuvo éste ocasión de expresarse respecto de los principios de Derecho internacional establecidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y acogidos en la Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946 de la AG, aunque en actuaciones coetáneas expresaba su velado rechazo a aquéllos (Cfr. la reserva formulada por España el 8 de diciembre de 1949 en el momento de la firma del Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, hecho en Ginebra el 12 de agosto de 1949, mantenida en el instrumento de ratificación depositado ante el Gobierno Federal suizo el 4 de agosto de 1952; reprod. en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Materiales de prácticas de Derecho internacional público*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 217). Dicha reserva, conviene advertirlo, fue retirada en el contexto del proceso de transición democrática en mayo de 1979 (Cfr. Anuncio del Ministerio de AAEE de 13 de julio de 1979, BOE, 31 de julio de 1979).

³¹ En efecto, el texto del Convenio se resiente de la confrontación en el marco de la «guerra fría» dado que los Estados del «tercer mundo» con el apoyo de los Estados socialistas introdujeron en la definición de crímenes de lesa humanidad no sólo los «cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946» junto con «el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos» sino «*la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid*», referencias con las cuales se señalaba a Israel y a los regímenes racistas del África austral, motivando con ello la no participación de los Estados occidentales en dicho texto -ausencia que se mantiene hasta la fecha- y debilitando por ende su alcance jurídico, dado que son partes en él 45 Estados, todos ellos del «tercer mundo» y «exsocialistas» (Cfr. texto y estadillo en <http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/p_limit_sp.htm>. Cursivas añadidas).

Sin duda esta situación es insatisfactoria no sólo por el déficit de legitimidad que para la democracia española se deriva del desconocimiento de los derechos de las víctimas y de la ausencia de responsabilidad —cualquiera que ésta sea— de los victimarios, sino por la incoherencia que a la postre revela en la proyección internacional de nuestro Estado; máxime si se piensa en la vocación expresada por nuestros órganos jurisdiccionales para erigirse en custodios del respeto de los derechos humanos por doquier, a través del empleo de la herramienta de la jurisdicción universal contemplada en el art. 23.4 LOPJ.

Claro que esta última incoherencia, se verá —consenso de nuevo por medio— subsanada en breve puesto que cuando concluimos estas líneas —junio de 2009— tocan a requiem por la jurisdicción universal.

JUSTICIA TRANSICIONAL Y ESPAÑA ¿SE PUEDE JUZGAR LA HISTORIA?

RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL
Magistrado
Jueces para la Democracia

*«Mucha gente asesinada.
Sobre el crimen un Estado.
Aquí no ha ocurrido nada.»*

JORGE GUILLÉN (GUINARDA CIVIL)

El drama de los desaparecidos, de las fosas comunes y de los enterramientos clandestinos de personas que fueron ejecutadas extrajudicialmente y el de los niños apropiados no ha sido resuelto en nuestro país, es un conflicto que sigue vivo, dolorosamente vivo, treinta años después de la constitución. *Las tinieblas terminan en tinieblas que no terminan*, así lo expresó el poeta Jorge Guillén en su *Arte Rupestre* después de constatar que el estado surgió y se asentó sobre el crimen.

España tiene pendiente una deuda con su pasado inmediato y nuestro estado con el derecho internacional: buscar a los desaparecidos, investigar los crímenes y reparar a las víctimas de la represión franquista. En relación al orden jurídico, el respeto de los derechos fundamentales básicos de las víctimas de la larga y feroz represión requiere que las resoluciones de los tribunales de excepción que instituyó el estado fascista sean expulsadas mediante su anulación. Para ello es necesario convenir en una idea precisa: el aparato institucional franquista fue un estado ilegal, un espacio de no derecho, porque se sustentaba sobre la violación sistemática de los derechos y libertades y conculcaba la legalidad internacional, el orden jurídico universal sustentado en los derechos

humanos indisponibles. El estado franquista nació de un acto criminal, un golpe de estado, se fundó sobre una guerra civil que se desarrolló bajo el programa de exterminio del enemigo político —los defensores de la legalidad republicana— y se consolidó mediante un proyecto de persecución implacable de cualquier forma de disidencia, proyecto que se prolongó incluso después de la muerte del dictador.

Aquí se ha negado cualquier forma de justicia transicional. España es modelo en la historia de las transiciones de olvido impuesto y de impunidad garantizada. «El caso español es único dentro de las transiciones a la democracia, por el hecho de que hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional», dice el filósofo Jon Elster, un experto en la materia, que califica la ley de amnistía como un «punto final» y añade que «en los hechos esta decisión consensuada de ignorar el pasado no tuvo imitadores directos»¹. Esa es una faceta de la transición que no puede obviarse, publicitada —para consumo interno y glorificación de sus protagonistas— como un ejemplo a imitar, es en realidad un contramodelo forjado en la amnesia impuesta por unos y consentida por otros. Ejemplo sí, pero de impunidad de grandes criminales, de mentira, de silencio, de abandono y desprecio de las víctimas de la represión. Una impunidad negociada que consolidó los cimientos de un sistema político de democracia controlada, heredero de la dictadura, donde se respetaban las inmunidades de los agentes del poder².

¹ Así lo afirma en su imprescindible *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz, 2006, p. 80 y 81.

² Los jueces fueron excluidos, pareciera que para siempre, del control de las graves violaciones de los derechos humanos y de los delitos cometidos durante la represión de la dictadura, afirmando de ese modo una cultura jurídica autoritaria, como califica el profesor Santos, cultura que se sustenta en las inmunidades de hecho y de derecho que garantizan la impunidad de los crímenes de los poderosos bajo la fórmula de la persecución y condena exclusiva hacia abajo, de los ilícitos de los pobres y subalternos. Ver *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, Trotta, Madrid 2009, p. 105 y 107.

1. La Justicia Transicional

La llamada justicia de transición, en la terminología de Naciones Unidas, pretende ser la respuesta del derecho a las barbaridades del pasado inmediato, a los crímenes de derecho internacional, a los abusos cometidos por violaciones masivas, sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos y ejecutados por agentes estatales o paraestatales consentidos por los aparatos de poder constituidos.

El espacio (natural) de esas políticas del derecho son las sociedades en transición. Su objetivo es reconocer y reparar a las víctimas de tales crímenes aberrantes, para afianzar la paz y la democracia, mediante la reconciliación de la comunidad. De ahí, su dimensión retributiva, pero también restaurativa. Por ello las políticas transicionales, que son políticas también de la memoria, pueden tener contenidos diversos. Ya de carácter distributivo, cuando tratan de potenciar valores, mediante la conmemoración de los crímenes, el recuerdo de las víctimas, la prevención de nuevas agresiones y las reformas institucionales. De matiz retributivo, como las que compensan a las víctimas, restablecen la verdad y hacen justicia, ya sea bajo la fórmula de ejercicio de acciones penales ante los tribunales o de comisiones de la verdad. Otras tienen una finalidad restaurativa porque intentan reconstruir los vínculos sociales, entre los grupos portadores de memorias enfrentadas, con el auxilio de técnicas prestadas desde la mediación y la ética reconstructiva, reconciliación que se hace necesaria, como en España, cuando el daño provocado por los crímenes ha sido inmenso.

Todas estas políticas son complementarias, unas no excluyen a las otras. El antecedente de la justicia transicional se encuentra en la elaboración política, de política del derecho, y doctrinal que surgió a partir de la catástrofe que representó la experiencia de las dictaduras de Sudamérica, reflexión que cristalizó en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el paradigmático caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, de fecha 29 de julio de 1988, que afrontaba un suceso

de desaparición forzada y configuró las obligaciones del estado según el derecho internacional: prevenir nuevas agresiones, investigar los hechos de modo eficaz, sancionar a los culpables y reparar a las víctimas.

Entre nosotros se ha instalado una afirmación que debemos cuestionar: la justicia transicional no es aplicable a procesos históricos en los que la transición a la democracia ha concluido. Así se expresaba un portavoz del Gobierno en el debate parlamentario de la ley de reparación 52/2007, conocida como de memoria histórica. Porque tal opinión se basa en una lectura parcial de los requerimientos del derecho internacional. La justicia transicional no solo atiende al fortalecimiento institucional del nuevo estado. Los procesos de transición no suspenden el derecho internacional. Ni siquiera cuando la transición se considera cumplida. Precisamente, el derecho internacional reclama a los nuevos gobernantes que cumplan sus compromisos y entre ellos, de manera prioritaria, se encuentra el deber de garantía de los derechos humanos que le obliga a investigar, juzgar, sancionar y reparar, además de prevenir y proveer a la no repetición de los crímenes. Y ello como consecuencia del principio de continuidad o identidad del estado, al margen de las diferencias entre un estado ilegal e ilegítimo y un estado de derecho. Los procesos de transición son irrelevantes para justificar el incumplimiento de los deberes que impone el orden jurídico internacional³.

2. Memoria, historia y justicia

El subtítulo del coloquio que nos convoca propone en interrogante si es posible juzgar la historia. En buena medida la cuestión condensa una de las tesis de quienes consideran inadecuado ajustar cuentas con los crímenes del pasado desde el proceso penal.

³ *Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España*», J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Entelequia*, n.7, 2008, p. 332 y siguientes.

Conviene apuntar que el pasado es un espacio de confrontación política y cultural, de ahí que haya sido objeto de atención preferente en todo tipo de sociedad y para toda forma de poder, en un intento de explicar el mundo y de hallar sentido a la existencia. El pasado y la tradición son fuente de legitimación, carismática, de las instituciones y de lo constituido. El pasado tiene que ver con el olvido, muchas veces impuesto, y con la conservación del recuerdo, mecanismo relacionado con los procesos de la memoria que siempre es selectiva, fragmentaria, subjetiva y parcial. La memoria tiene una dimensión básica de carácter personal. Otros habitan en nuestro recuerdo y nosotros habitaremos en el recuerdo de quienes nos han conocido y nos sobrevivan. A su lado, hay otra dimensión de la memoria, la memoria colectiva, construcción que se debe a Maurice Halbwachs, que remite a espacios de recuerdos comunes y compartidos, alojados en lo que denominaba los marcos sociales de la memoria, lugares que sirven para forjar una cierta identidad comunitaria o de grupo.

Frente a la memoria, la historia se configura como un área del saber humano sometida a un método objetivo, para el estudio, la investigación y la interpretación del pasado. En su mejor concepción, la historia es un proyecto que se construye al servicio de la sociedad para que las personas puedan comprender el presente y resolver sus problemas, desde el conocimiento de su trayectoria histórica.

Cuando en el pasado reciente habitan hechos traumáticos, como ocurre en el caso español, en el que se han de secuenciar un golpe de estado violento protagonizado por los aparatos armados, una guerra civil subsiguiente ante el fracaso parcial de la rebelión, la represión y persecución del adversario, convertido en enemigo y deshumanizado, persecución que se concretó en prácticas generalizadas de asesinato, tortura y desaparición forzada, nos encontramos ante un lugar de conflicto político-cultural, ante un pasado que no pasa, que permanece, que ocupa el presente y condiciona el futuro. Mucho más cuando se ha padecido

un proceso patológico de amnesia colectiva provocado por la acción represiva de la dictadura, con una intensa violencia física y moral que se mantuvo durante la transición, y que dio como frutos perversos la persuasión colectiva de que el pasado fue inevitable y de que no se debía volver sobre el espacio complejo de la catástrofe, fenómeno típico de comunidades derrotadas que no se han desembarazado de las losas de la tiranía y del miedo.

El erudito historiador Herbert R. Southworth ofrecía una explicación convincente: «Durante cuarenta años, los españoles fueron obligados a tragarse una falsa historia de su país y los efectos secundarios de una dieta tan asquerosa difícilmente pueden pasar en unos meses». A ello habría de añadirse que esa mentira fue construida sin posibilidad de contradicción, con los opositores en el exilio o en la prisión o silenciados bajo el manto del terror⁴.

Esa es la razón del enfrentamiento entre memorias al que asistimos; de un lado la memoria de los vencedores, de la que son portadores quienes se sienten próximos o sucesores de quienes se levantaron violentamente contra la legalidad —hecho fundante que niegan, reivindicando la necesidad del golpe para la «pervivencia de la nación»—, entre ellos quienes se beneficiaron del crimen y del nuevo e ilegal orden (¿cómo se hicieron las grandes fortunas durante la dictadura?); del otro, la memoria de los vencidos, de los humillados, de quienes fueron derro-

⁴ en el prólogo a la edición definitiva de su maravilloso y pionero estudio *El mito de la cruzada de Franco* (Debolsillo, Barcelona 2008), escrito cuando ya había muerto el dictador en el año 1986, reflexionaba así: «La derecha española, ahora obligada a compartir la palabra oral y escrita con los que hace solo unos pocos años arrojaron a la cárcel por desafiar a los escritos oficiales de gente como Ricardo de la Cierva, todavía defiende la interpretación reaccionaria de la Historia Contemporánea, repitiendo los mitos de aquellos años en que los jóvenes con camisa azul de la derecha española realmente pensaron que marcharían junto a Hitler y Mussolini hacia una nueva conquista imperial». Desgraciadamente, veinte años después, esos mitos y esas falsedades siguen presentes en el discurso de una parte de la política y de la sociedad.

tados por las armas e invisibilizados social y políticamente mientras sus victimarios detentaron el poder, invisibilidad que continuó durante la democracia que, por desgracia, no se constituyó simbólicamente sobre el esfuerzo y el recuerdo de las luchas por la libertad. La memoria de los derrotados y la memoria de quienes resistieron a la dictadura es el modelo de una memoria reprimida, una memoria latente, que ahora —desde hace años, surgiendo desde los márgenes, ha ganado espacios en la esfera pública— reclama justicia y se enfrenta a la imposición del olvido y de la impunidad.

La noción de justicia está unida a la historia y, también, a la memoria. De ahí esa suerte de lectura judicial de la historia, que toma prestadas del derecho penal las categorías de víctima, de autor y de testigo. También esa vinculación explica el fenómeno de una cierta judicialización de la memoria, en relación a los crímenes contra la humanidad y la emergencia de la memoria democrática, de la que son buenos ejemplos los procesos contra criminales nazis —en Francia los de Barbie, Touvier y Papon, el de Priebke en Italia— o de las dictaduras que engendrara la guerra fría, su paradigma es la causa contra Pinochet seguida en España. En los juicios contra los criminales de guerra comparecieron algunos historiadores, otros se negaron a acudir ante el tribunal, para testificar sobre el contexto en el que sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento⁵.

Además, en ese marco debemos interpretar la reclamación de las víctimas de persecución penal de los autores de los crímenes aberrantes de derecho internacional. En la experiencia colectiva de las víctimas, los juicios penales, que se celebran décadas después cuando esos acontecimientos han sido sometidos al análisis de los historiadores y al relato de la historia, son auténticos actos de reparación, una manera sustancial

⁵ ENZO TRAVERSO, *El pasado, instrucciones de uso. Historia, memoria, política*, Marcial Pons, 2007, p. 63 y siguientes.

y verdadera de hacer justicia. Grandes procesos penales en la historia de la humanidad, desde Sócrates a Galileo, de Juana de Arco y Dreyfus a Dimitrov, Bujarin y Fidel Castro, de Nuremberg a Eichman y Pinochet, han escenificado momentos estelares de la elaboración de la conciencia histórica colectiva, de la misma idea de justicia⁶.

En un orden de cosas familiar para los juristas, cabe recordar la analogía recurrente entre el oficio del juez y el del historiador, ya clásica pero poco fructífera, como han señalado Ferrajoli y Taruffo. Aunque ambos utilicen pruebas para reconstruir el pasado —en forma de documentos y testimonios personales—, poco más puede aprenderse de la comparación que procede de la imaginación del erudito jesuita Griffet que propuso como modelo de historiador al juez que criba con paciencia las pruebas. Como señala Taruffo, dicha relación solo pone de relieve la existencia de problemas generales y comunes del conocimiento entre ambas disciplinas. El hecho al que atienden el historiador y el juez es diverso. Al proceso judicial le interesa el hecho individual y particular, imputable a un sujeto como acción típica; la historia se ocupa de acontecimientos de larga duración, de tendencias y periodos, de transformaciones sociales, de relaciones colectivas, en las que intervienen los grupos humanos y las clases sociales. Los criterios de selección, los métodos de indagación, las técnicas de verificación y de análisis, los límites impuestos al conocimiento —los plazos, la legalidad en la adquisición de las fuentes— son bien diferentes en el taller del historiador y en el espacio del proceso. Incluso, aceptando un concepto de verdad con cierta pretensión de universalidad, como correspondencia con la

⁶ Las ideas de una sociedad relativas a la justicia se construyen también, como no podía ser de otra manera, en el espacio del proceso; de hecho la relectura de los casos más famosos así lo demuestra (ver *Los grandes procesos de la historia*, ALEXANDER DEMANDT, Crítica, Barcelona 2000). Jacques Vergès hizo una crónica crítica de los juicios políticos históricos, distinguiendo las defensas de connivencia de las de ruptura respecto al poder y las reglas de juego, en su *Estrategia judicial en los procesos políticos*, de 1968, ahora reeditado en Anagrama, Barcelona 2009.

realidad, las verdades judiciales e históricas son muy diferentes; la lógica del discurso judicial sirve a la atribución, en su caso, de responsabilidades personales para la imposición de una sanción, la historia opera sobre verdades provisionales, en evolución y revisión⁷.

Además, el modelo judicial de historia, como ha señalado Ginzburg, está desfasado, porque propone una historia de los acontecimientos —políticos, militares o diplomáticos— protagonizados por personajes individuales, como reyes, caudillos y notables, desentendiéndose de otros fenómenos imprescindibles para construir el pasado como son la historia de los grupos y de las mentalidades. El dilema que planteara Marc Bloch sobre la función de la historia, ¿juzgar o comprender?, debe resolverse, como propuso el maestro, a favor de la segunda alternativa, la historia debe explicar el pasado para permitirnos comprender el presente.

Por lo tanto, no tengamos reparos, en el caso de los crímenes imprescriptibles de derecho internacional cometidos por la represión franquista no se trata de juzgar la historia, tampoco de reescribirla. Los que hablan de revancha, ignoran los derechos humanos y exaltan el crimen. Aquellos crímenes aberrantes, masivos, sistemáticos y generalizados, ofenden a toda la humanidad, trascienden a las víctimas y son imprescriptibles.

Pero, tales hechos son de difícil representación por su tremenda excepcionalidad, cuestionan nuestra identidad de sociedad civilizada y la idea de progreso. Las desapariciones forzadas masivas que afectaron según la historiografía de la represión a treinta mil personas —que siguen desaparecidas—, las ejecuciones extrajudiciales de otras cien mil personas —que siguen indignamente enterrados en fosas comunes y parajes, algunos desconocidos—, la apropiación de los niños hijos de los

⁷ MICHELE TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Trotta, 2002, p. 336, y Carlo Ginzburg, *El juez y el historiador. Acotaciones al margen del caso Sofri*, Anaya-Mario Muchnik, 1993, p. 18.

vencidos —todavía no identificados—, todo ello acometido como parte de un proyecto, ejecutado de manera sistemática y masiva, suponen un reto para las categorías al uso del derecho penal. ¿Cómo calificar esa macrocriminalidad contra la vida, la libertad y las relaciones familiares de las personas? La figura de la desaparición forzada es de aparición reciente en el derecho internacional. Para el paso del tiempo contamos los penalistas con la prescripción, acaso ¿habrían prescrito los delitos de la represión bajo la dominación de la dictadura, cuando no se podían perseguir? Aún más, ¿no son imprescriptibles, según el derecho internacional? ¿Y la ley de amnistía, no extinguió la responsabilidad penal?

El impacto para la gramática constitutiva del poder judicial en un estado de derecho no es menor. La imparcialidad del tribunal debe encontrar su acomodo frente a un hecho histórico. En la construcción de la hipótesis fáctica juega un papel importante el conocimiento privado del juez, su punto de partida o juicio previo sobre el pasado, tan difícil de disolver. En ese proceso cognitivo tienen relevancia las biografías y peripecias personales del juez observador, las memorias familiares de las que es portador, en cuyo marco ha madurado, y otros factores políticos y ambientales. El legislador de las reglas procesales de determinación de la competencia no ha podido prever, ni se ha representado, crímenes tan odiosos formando parte de la historia reciente del país, operando como lo hacía esta sociedad sobre el olvido impuesto del pasado página, o sencillamente desde la negación de la realidad.

Todo ello resulta agravado, en la conciencia de los juristas, por la forma en que se desarrolló nuestra transición al estado democrático y las continuidades técnicas y políticas, inevitables estas últimas aunque nos pese, del ordenamiento jurídico previo que fue fundado y sostuvo a la dictadura. Lo que genera una gran dificultad a las gentes de leyes, en muchos casos insuperable, para asumir que el estado anterior era un orden ilegal e ilegítimo y aceptar las consecuencias de tal constatación: la nulidad de todos los actos con forma jurídica relacionados con la prác-

tica sistemática de crímenes contra el derecho internacional, desde las sentencias a las leyes, pasando por las decisiones administrativas.

Pues bien, tales hechos son indecibles e irrepresentables desde nuestra identidad por la barbarie que expresan; han sido objeto de conocimiento histórico; son pura y terrible excepción. Ahí el problema irresoluble para los juristas: enfrentarse con lo monstruoso ajurídico⁸.

Solo la imposibilidad de decir la aberración —la necesidad del olvido es una estrategia de supervivencia, de la que ha dado una excelente muestra la película de animación documental *Vals con Bashir*, de Ari Folman, en relación a los crímenes de los campos de refugiados de Sabra y Chatila— y la inhabilidad de las técnicas jurídicas para afrontar el mal, con mayúsculas, pueden explicar argumentos que despliegan ciertas resoluciones judiciales. Véase como ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, de fecha 21 de febrero de 2005, confirmando el archivo de unas diligencias previas iniciadas por la denuncia de una ciudadana por la desaparición forzada de su madre en noviembre de 1936: «...esta Sala considera que a estas alturas del siglo XXI efectivamente, tal y como pide el recurrente, debe ser de plena aplicación la Constitución Española, llamada unánimemente en su XXV aniversario como de la reconciliación, y ello supone... que debe evitarse en todo caso que cualquier iniciativa como la que hoy aduce la recurrente sirva para reavivar viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil». Porque esa no es manera ordinaria de solventar el archivo de una denuncia, que conlleva la no investigación de una desaparición violenta y la desestimación de la pretensión de la víctima de localización, identificación y recuperación de los restos de su familiar,

⁸ Sobre la indecibilidad del hecho dramático de la desaparición forzada y las estrategias de aproximación y reconstrucción del sentido y de la ausencia, con la implicación de los profesionales, entre ellos los juristas, y el vacío que significa la excepción, me permito recomendar un excelente ensayo de imaginación sociológica, *El detenido-desaparecido. Narrativas posibles para una catástrofe de la identidad*, Trilce, Montevideo, 2008, de GRABRIEL GATTI.

solo la supuesta indecibilidad de la catástrofe puede dar alguna razón de esa manera de discurrir⁹.

¿Indecible? Creemos que hay razones buenas y poderosas en el derecho, tanto interno como internacional, para que, cuando menos, la investigación se lleve a cabo y se responda con algo de justicia a las pretensiones de las víctimas.

3. España frente a la justicia transicional

Esa sombra dramática que proyecta el pasado, habitada por desaparecidos que el estado no busca, fosas comunes y enterramientos clandestinos a los que no se hace caso, niños que fueron apropiados modificándose su nombre y filiación y cuya verdadera identidad no se ha desvelado, sentencias aberrantes de los tribunales de la represión que forman parte del orden jurídico, ofrece al tiempo una imagen precisa de la moral colectiva de una sociedad y de las preocupaciones de los gestores de la gobernanza, una imagen de una cierta indolencia.

Es importante distinguir, para delimitar los problemas que pudieran alzarse desde la perspectiva de la prescripción de los crímenes y de la eficacia de la amnistía, los casos de las personas desaparecidas, que fueron privadas de libertad por agentes del nuevo (e ilegal) estado o por fuerzas de paramilitares y cuyo destino se desconoce, de aquellas otras que sucumbieron por la obra de ejecuciones extrajudiciales, respecto a los que se conoce, con mayor o menor detalle —el caso paradigmático del poeta Federico García Lorca—, el lugar donde fueron asesinados y enterrados sus cuerpos. Porque sobre los desaparecidos de manera for-

⁹ El asunto llegó al Tribunal Constitucional que no admitió el amparo por razones formales, el Fiscal recurrió contra la providencia alegando el derecho a la tutela efectiva en su modalidad de acceso a la jurisdicción para permitir una investigación eficaz y suficiente, pero fue desestimada la impugnación. Ver comentario de MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, «El Caso del Arroyo de la Coja de Jauja (una desaparición forzada de 1936 sin resolver. Crónica de una ocasión perdida)», en el diario La ley 6114/2008, 15.12.2008.

zada, que podría afectar según la historiografía de la represión a unas treinta mil personas, no se ha vuelto a tener noticia de su paradero.

El estado español incumple las obligaciones que el derecho internacional le impone. Así, en primer lugar por su importancia desde la perspectiva de la protección de las víctimas, el deber de hacer cesar la situación antijurídica creada por las desapariciones forzadas y para ello adoptar medidas eficaces para que no continúen las violaciones de los derechos fundamentales (principio 22-a de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147 21 de marzo de 2006).

Porque la desaparición forzada con ocultamiento de la suerte de la persona afecta de modo directo e intenso a su entorno familiar y personal, dispersando el terror en dichos círculos, es por ello que el derecho internacional les reconoce la condición de víctimas (principio 8 del instrumento citado). La Sentencia Velásquez contra Honduras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de julio de 1988, decisión que construyó un nuevo paradigma y relacionó las obligaciones del estado, exponía con claridad el problema: «su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor». «El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz» ha afirmado el Comité de los Derechos Humanos en su Observación General 31 del año 2004, titulada La índole de la obligación jurídica general impuesta. La tolerancia del estado español respecto a la situación de los desaparecidos pudiera significar un trato inhumano hacia las víctimas tal y como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Kurt contra Turquía, de 25 de mayo de 1998 («la incertidumbre, duda y aprensión sufrida por el recurrente durante

un prolongado y continuo periodo de tiempo le causó un severo sufrimiento mental y angustia...la desaparición de su hijo fue imputable a las autoridades, la Comisión entendió que ella había sido objeto de trato inhumano y degradante en el ámbito del artículo 3» del Convenio¹⁰).

Se ha omitido el derecho a la verdad, posiblemente de manera irreversible después de la clausura anticipada de la instrucción iniciada por el Juez Central n° 5 de la Audiencia Nacional —como sugiere la falta de noticias sobre la apertura del proceso en otras sedes. Derecho a la verdad que tiene una dimensión colectiva, el derecho inalienable de cada pueblo a conocer su pasado en relación a los crímenes aberrantes, que se convierte en salvaguarda para evitar su repetición, y que proclama el principio 2 del Conjunto de principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de febrero de 2005). Su articulación se verifica en forma de comisiones de la verdad, como las que han ido surgiendo en la historia reciente de las transiciones (principio 6¹¹). Y, también, una dimensión personal que el derecho internacional formula como un derecho imprescriptible de las víctimas a saber la suerte que corrió la persona desaparecida o sometida a ejecución extrajudicial (principio 4 de la lucha contra la impunidad).

¹⁰ En relación a la jurisprudencia de los tribunales internacionales es recomendable consultar los estudios del profesor MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ ARIAS *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, 2008, «Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» y «La nueva ley de la memoria y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo», ambos publicados en la revista *Jueces para la Democracia*, n. 60 y 63.

¹¹ Así, Sudáfrica, Argentina o Chile. Si hay un indicador común a esas experiencias es la de la impunidad, en el caso sudafricano con alcance positivo porque permitió conocer el paradero de muchos desaparecidos. Ver un análisis en el trabajo de REYES MATE *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*, Anthropos, Barcelona 2008, p. 45 y siguientes.

Como desarrollo y garantía de ese derecho a la verdad surge la obligación estatal de investigar, cuyo fundamento se encuentra en el llamado *deber de garantía de los derechos humanos* que establece el art 2.3-a del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, y que proclama el derecho a un recurso judicial efectivo de las víctimas de violaciones sistemáticas, masivas o genéricas de sus derechos fundamentales y el deber de las autoridades de investigar los hechos («toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales»). El Pacto de 1966 entró en vigor en España en julio de 1977, meses antes de la ley de amnistía 46/1977, 15 de octubre, que, por lo tanto, vulneró la legalidad internacional. Tal derecho básico a promover una investigación oficial y eficaz reitera la *Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* en su art. 13 (A/RES/47/133 18 de diciembre de 1992), así como la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* en sus art. 3 y 12, suscrita por España y pendiente de ratificación (A/HRC/L.2 22 de junio de 2006).

El deber de investigar para satisfacer el derecho a la verdad es más intenso cuando afecta al derecho a la vida. Ha de ser una investigación oficial, por lo tanto sin necesidad de denuncia previa, como señala el art. 12.2 de la Convención internacional sobre desapariciones forzadas. Además, deberá ser efectiva y acometerse sin demora, según declara el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la doctrina del TEDH (casos *McCann contra Reino Unido* y *Seker contra Turquía*, no en balde afecta al art. 2 del Convenio). La abstención del estado, su no actuación, viola el Convenio como señala la sentencia *Tanis y otros contra Turquía*. Mayor incumplimiento es la obstaculización de la investigación, tanto por acción como por omisión de las autoridades (*Kurt contra Turquía*). En supuestos de fosas comunes, por la especial grave-

dad de los crímenes, se trata de una obligación reforzada, como dijo el Tribunal en el caso *Luluyev y otros contra Rusia*, de 9 de noviembre de 2006, en relación a las masacres de Chechenia.

El deber de justicia implicaría no sólo la investigación de los crímenes, también el enjuiciamiento de sus responsables y, en su caso, la condena (principio 19 de la lucha contra la impunidad). Que es consecuencia de la imprescriptibilidad de los delitos, del establecimiento de límites a la amnistía u otras formas de perdón y de la concurrencia de las jurisdicciones nacionales e internacionales en la persecución de los crímenes de derecho internacional (principios 20, 23 y 24 de la lucha contra la impunidad). A ese respecto conviene recordar que la Declaración contra las desapariciones forzadas, ya citada, proclama que los autores de los crímenes no se beneficiarán de medidas de amnistía antes de ser juzgados y, en su caso, condenados (art. 18).

En el haz de obligaciones no podía faltar la reparación de las víctimas, que han de ser objeto de un trato humano y respetuoso con su dignidad. Para ello se prevé de manera complementaria la restitución, la indemnización del daño (que no satisface el simple establecimiento de prestaciones, ya que son consecuencia de la comisión de los más graves delitos) y la satisfacción, que requiere la búsqueda de los desaparecidos y, en las ejecuciones extrajudiciales, de los cadáveres de los asesinados, para identificarlos y devolver sus restos a los familiares, así como la búsqueda de los niños secuestrados, para reintegrarles el nombre y sus relaciones familiares.

Resulta obligado constatar el diferente trato, claramente discriminatorio, que el estado español está dispensando a las víctimas de los crímenes odiosos de la represión franquista, respecto a las víctimas de otros fenómenos delictivos, como es el caso del terrorismo. Posiblemente es un síntoma de lo que el filósofo Ibáñez Farnés denomina memorias usureras¹².

¹² *Antígona y el duelo. Una reflexión moral sobre la memoria histórica*, Tusquets, Barcelona 2009, p. 65 y siguientes.

Según la legislación interna e internacional esos hechos de carácter masivo tendrían la condición de ilícitos en permanente estado de consumación. Ya como detención ilegal con ocultamiento del paradero de la víctima del art. 166 del código penal, en el contexto de crímenes contra la humanidad según la discutida construcción del Tribunal Supremo en la sentencia del caso Scilingo, ya como crimen contra la humanidad por desaparición forzada del art. 607 bis.2.6º y 9º Cp (para los niños apropiados). Para el derecho internacional se trata de hechos ilícitos permanentes o de carácter continuado. El art. 17 de la *Declaración contra las desapariciones forzadas* parece de indiscutible aplicación al caso español: «Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos». También podemos citar el art. 8 del *Convenio sobre desapariciones forzadas* del 2006, aún pendiente de ratificación; el crimen internacional de desaparición forzada está descrito típicamente en el art. 7.1-i del Estatuto de Roma.

Por ello no puede considerarse que han prescrito, cuando menos de manera concluyente como se pretende y sin haber procedido a la investigación. Porque, según nuestro código penal, en el caso de delitos permanentes los términos de la prescripción no se computarán hasta que se elimine la situación antijurídica (art. 132.1). Ha de advertirse la estructura en dos fases de los delitos de desaparición forzada, que consisten en una inicial privación de libertad y desaparición de la persona y en la posterior omisión sobre su paradero; en este segundo fragmento del ilícito, por la voluntad del autor se mantiene la situación antijurídica, que no concluye hasta el preciso momento en que se tiene noticia sobre la suerte o paradero de la víctima, ya por localización de la persona o de su cadáver, ya por identificación del niño. El paso del tiempo incrementa la inmensidad del crimen y el dolor infligido a las víctimas —familiares y entorno personal, político y social del desaparecido—,

pero no debería aceptarse como signo de una suerte fatal y del comienzo de los plazos de prescripción. Aquí debe resaltarse, como se indicó antes, la diferencia entre los detenidos desaparecidos y los que fueron ejecutados extrajudicialmente. La relevancia técnica del primer supuesto a estos efectos es notoria. Las víctimas siguen ignorando la suerte o el paradero de los desaparecidos. Respecto a los segundos, saben que fueron asesinados, quieren recuperar sus restos y reivindicar su memoria, es decir la injusticia de su muerte, su condición de inocente.

Pudiera sostenerse con razón que la legislación aplicable al delito permanente es la vigente en el momento del descubrimiento del destino del desaparecido, lo que permitiría superar, incluso, los inconvenientes de la doctrina Scilingo porque atraería al delito contra la humanidad¹³. Téngase en cuenta que se trata, de manera limitada, de justificar la procedencia de la investigación penal, a la que el estado español está obligado hasta establecer al suerte de la persona y esclarecer su desaparición.

La imprescriptibilidad de esos crímenes contra la humanidad, como son las desapariciones forzadas cometidas como ataque generalizado o sistemático contra la población civil, es incuestionable. Fue regla consuetudinaria antes de ser recogida en el derecho internacional convencional, así la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los de lesa humanidad de noviembre de 1968 (que España no ha ratificado), el Convenio Europeo de 1974 y el art. 17 de la Declaración contra las desapariciones forzadas de 1992 («Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la

¹³ Tesis que sostiene RODRÍGUEZ ARIAS, con cita del código penal alemán para el supuesto de que durante la consumación permanente se hubiere modificado el tratamiento penal y la sentencia del caso Landa de la Corte de Casación de Argentina, de fecha 27.11.2002, entendiendo que entraría en juego la figura de la desaparición forzada del art. 7.1.i del Estatuto de Roma (*El caso de los niños perdidos*, citada, p. 99 y 101).

prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos»). También ha sido recibido en nuestro código penal, art. 131.4.

Precisamente porque las desapariciones forzadas de adultos y de niños siguen en estado de consumación permanente, no podría alzarse como obstáculo insalvable para la investigación la irretroactividad de la ley penal, porque se desbordarían los límites temporales, toda vez que continúa la situación antijurídica (no dar cuenta del paradero de la persona ni de la identidad del niño). La Convención sobre desapariciones forzadas afirma en su art. 25.4 el interés superior de los niños y su derecho a preservar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. ¿De qué otra manera diferente puede el estado colmar dicha obligación de investigar que actuando la justicia penal?

En cualquier caso, en nuestro sistema de protección de los derechos humanos que estableció el Convenio Europeo de 1950, se ha convalidado —nada menos— la aplicación del legado de Nuremberg y la condena por tribunales nacionales como crímenes contra la humanidad de hechos coetáneos a los de la represión franquista, aunque el delito no estuviera recogido en la legislación interna, afirmando el Tribunal Europeo que respetaban el principio de legalidad penal. El paradigma se construye a partir de los conocidos casos Papon contra Francia de 15 de noviembre de 2001 y Kolk y Kislyiy contra Estonia, de fecha 17 de enero de 2006. Y ello con base en el art. 7.2 CEDH que establece el contenido del principio de legalidad en su vertiente de requerimiento de ley previa, que no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En la segunda de las sentencia el Tribunal razonaba que «la regla de que no pueden ser sujetos a limitación temporal alguna fue establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de

Nuremberg...incluso si los actos cometidos por los recurrentes pudieron ser considerados como legales por la legislación soviética en su momento, han sido en todo caso calificados por los tribunales de Estonia como constitutivos de crímenes contra la humanidad bajo la ley internacional del momento de su comisión».

Es notorio que las desapariciones forzadas y la sustracción de niños eran delito según la legislación republicana (Código Penal de 1932). Ese estándar válido para los criminales nazis no parece servir de referente entre nosotros, otra diferencia de trato injustificada. Tal paradoja se constata en la prosecución de una causa penal sobre el terrible caso de los republicanos españoles deportados a los campos de exterminio nazis, con el consentimiento de las autoridades franquistas que les negaron la condición de nacionales, en la que existen identificados imputados, donde se podrían levantar las mismas objeciones. Queda la incógnita de la aparente diferencia entre nuestros criminales y los del nazismo, olvidando que el estado del primer franquismo formó parte del Eje.

Frente al deber de investigar también se convoca a la amnistía. Al margen de su valoración política —tremenda paradoja que la salida de la cárcel de los luchadores por la libertad encubriera la impunidad de los crímenes de la represión, una impunidad negociada, cierto, pero impunidad—, parece que esa norma es contraria a la legalidad internacional. Porque conculca el deber de garantía de los derechos humanos, que declaraba el art 2.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, integrado en nuestro sistema jurídico antes de su proclamación, y la obligación de proceder a una investigación oficial, exhaustiva e imparcial, que recoge el art 13 de la Declaración contra las desapariciones forzadas¹⁴. La amnistía entonces decretada, modelo de impunidad de los

¹⁴ El art. 18 de la misma Declaración, sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, estableció que los autores no se beneficiarían de medidas de amnistía antes de ser juzgados y, en su caso, condenados (Resolución 47/133 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 18.12.1992).

crímenes contra la humanidad, debe contemplarse como un hecho ilícito internacional. Así lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al recordar a España que esos delitos son imprescriptibles y que las amnistías de hechos constitutivos de violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto de derechos civiles y políticos, recomendando la derogación de la ley de 1977 (CCPR/ESP/CO/5/27 de octubre de 2008). Por lo demás, dicha norma no podría afectar, por principio, a delitos imprescriptibles que se encuentran en estado de permanente consumación, ya que también aquí las conductas omisivas superarían la ley de amnistía, una ley preconstitucional, habida cuenta que la propia Constitución prohíbe dichas medidas.

4. Balance, privatización e impunidad

La ley 52/2007 significó un paso adelante en el reconocimiento de la violencia sufrida por las víctimas pero no ha sido capaz de reformar el estado de cosas. No obstante sus carencias, resulta un elemento de ruptura, y tenemos tan pocos, con las lógicas del olvido impuesto que han dominado la esfera pública desde la transición y con los relatos asumidos por la sociedad. Así, se han reivindicado por primera vez como luchadores por la libertad y la legitimidad tanto a los voluntarios de las Brigadas Internacionales como a los combatientes guerrilleros y a los represaliados por la dictadura —con cita expresa en el art. 17 a los miembros de los Batallones disciplinarios de soldados trabajadores, a los prisioneros en los campos de concentración, a los Batallones de trabajadores y a los prisioneros de las Colonias penitenciarias militarizadas. Ahí representado está el universo concentracionario creado por la maquinaria criminal del primer franquismo. Y se reconoce a los militares demócratas, siempre postergados, que son ejemplo, triste, de una democracia forjada a espaldas de los signos y símbolos de la resistencia contra la tiranía. También se habla por primera vez de tribunales ilegítimos, de sentencias y actos injustos, de desaparecidos y de fosas comunes.

Sin embargo, la otra cara de la moneda, se ha privatizado la memoria de las víctimas de los desaparecidos, de las ejecuciones extrajudiciales y de los niños apropiados. Porque se ha confiado a las familias, y a las asociaciones que constituyeron para reivindicar justicia, las tareas de indagación de la suerte de quienes fueron ejecutados y de los que desaparecieron por la acción criminal del aparato del estado al margen de la nueva legalidad —que propició esa dispersión de la violencia sistemática— desentendiéndose el poder público de sus obligaciones internacionales de investigar y reparar. Desgraciadamente el gobierno había suscrito la Convención contra las desapariciones forzadas semanas antes de aprobar la ley, norma que de manera manifiesta incumplía dichos compromisos.

El proceso penal para la investigación de los desaparecidos se ha quedado sin sede en la jurisdicción, una vez que la Sala Penal de la Audiencia Nacional estableciera su propia incompetencia. Esa crisis, parece que definitiva, determina que no se haya podido llevar adelante la investigación ni la localización de los restos de los ejecutados y desaparecidos. Contra la lógica del proceso penal que se caracteriza en la fase de instrucción por albergar un objeto en evolución y recomienda cautela, se alzó una urgencia inusitada para impedir lo que parecía un enjuiciamiento penal del franquismo. No se puede olvidar que el primer Auto del Juez Central n° 5 no solo determinaba la competencia, también designaba a un grupo de expertos —entre ellos juristas, historiadores, médicos forenses, antropólogos y arqueólogos— con una finalidad precisa, establecer una relación de los desaparecidos y programar la localización y recuperación de sus restos; en la segunda resolución introducía en el relato indiciario de hechos el drama de los niños perdidos, esa realidad desconocida.

El auto de la Sala de fecha 2 de diciembre de 2008 que establecía la falta de competencia consideraba que el delito contra los altos organismos de la Nación era una forma de rebelión, título que nunca ha-

bía sido competencia de la Audiencia Nacional, y que los responsables habrían premuerto. El voto discrepante señalaba algunas razones que quedaron sin respuesta. Como que el delito contra la forma de gobierno era competencia de ese Tribunal según lo dispuesto en el art. 65.1 LOPJ, igual que el delito de rebelión (pues era objeto de mención expresa en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 4/1988¹⁵). O que la desaparición de niños fue acometida en parte fuera de España, por lo que ningún otro órgano de la jurisdicción podía investigar los hechos y restablecerles la identidad, el nombre y las relaciones familiares (art.23.2 LOPJ).

De momento, sólo resuelta de manera negativa la competencia, las cuestiones sensibles que planteaba ese proceso histórico en la justicia penal española, han quedado de lado. Y afectaban, como se ha sugerido, a la calificación jurídica y a la aplicabilidad de las categorías de crímenes internacionales; a la fecha de aplicación, en ese contexto, de la responsabilidad individual (que el cargo primero del proceso de Nuremberg retrotrajo a 1921 para actores no estatales, como conspiradores para la toma del poder); a la suerte del principio de legalidad en esa materia y a la contradicción entre la solución del caso Scilingo y la doctrina establecida por el TEDH en los asuntos *Papon contra Francia* y *Kolk y Kislyiy contra Estonia*; a los criterios de conexión y a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; a la naturaleza permanente de los deli-

¹⁵ La disposición transitoria de la ley orgánica 4/1988, 25 de mayo, sobre reforma de la Lecrim en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes, dice: «*los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores. La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial*».

tos de desaparición forzada; y a la aplicabilidad de la ley de amnistía, si se puede equiparar a las de punto final de la experiencia sudamericana y a su compatibilidad con la legalidad internacional.

Por otro lado, las sentencias injustas de los tribunales de la represión franquista siguen consideradas como actos de derecho, algo intolerable desde parámetros de decencia pública, por lo que resulta necesario proceder a su expulsión del ordenamiento jurídico. Para ello ha de activarse el recurso de revisión que prevé el art. 954.4 LECRIM, respecto al Tribunal de represión de la masonería y el comunismo, el Tribunal de responsabilidades políticas y el Tribunal de orden público, y el art. 328.6 LPM para los Consejos de guerra. Como hecho nuevo debería funcionar la declaración general que hace la Ley 52/2007, en su art.2.1, de ilegitimidad de los tribunales y de injusticia de las sentencias que dictaron, así como la derogación expresa de las leyes que crearon los tipos penales que aplicaron aquellos órganos con apariencia de tribunal. También sería un hecho nuevo la declaración administrativa de reparación y reconocimiento personal a la que se refiere el art.4 de la Ley, desarrollado su procedimiento por RD 1791/2008. La seguridad jurídica, que avala la intangibilidad de las sentencias como derecho de las partes, no puede alzarse en impedimento a la realización de la justicia, que es valor superior del ordenamiento, máxime cuando la conservación de tales actos injustos dictados por órganos ilegítimos revestidos de jurisdicción es un interés contrario al orden público, que nadie sustentaría. De momento se trata de un reto para los tribunales que tendrían que actuar las víctimas en defecto del Fiscal.

5. Olvido del Derecho Internacional

Hay un rasgo común que se manifiesta en los comportamientos de nuestros poderes públicos, ya sea el legislador, ya quienes detentan la potestad de persecución de los delitos y la función jurisdiccional, a propósito de los temas pendientes de la justicia transicional, el desentendimiento del derecho internacional y de sus requerimientos. Como si no existiera

o no obligara. Parece necesario recordar, con el art. 96 de la Constitución, que forma parte de nuestro ordenamiento, del derecho aplicable.

Las causas de ese olvido consciente se encuentran en lo que el profesor Chinchón ha denominado la incoherencia entre el orden jurídico interno y el internacional, como fenómeno que caracteriza las relaciones entre ambos sistemas, como si vivieran de espaldas¹⁶. Lo que resulta incomprensible en un mundo globalizado, donde de modo incuestionable existe un orden jurídico que se ha configurado alrededor de los derechos humanos por encima de los estados nacionales y que les vincula.

Una de las obligaciones del estado es integrar en el derecho interno las prescripciones del derecho internacional. Su incumplimiento puede desencadenar la responsabilidad internacional del estado al incurrir en un hecho ilícito internacional. La relatividad o labilidad del derecho internacional, según denominan los expertos, su alto nivel de descentralización, la evolución constante del orden jurídico y la pluralidad de sus fuentes no justifica su desconocimiento ni su consciente incumplimiento. Es cierto, algo que provoca la perplejidad del jurista penal acostumbrado al derecho penal nacional de alta formalización, que en el derecho internacional conviven normas consuetudinarias obligatorias, que interactúan con otras de carácter convencional, de tal manera que un tratado no suscrito por un estado —por ejemplo, el Estatuto de la Corte penal internacional—, en la medida que codifica normas consuetudinarias y reordena otras de carácter convencional, puede obligar a dicho estado, algo común en el derecho internacional de los derechos humanos.

El estado no puede elaborar normas internas contrarias al derecho internacional. Incluso más, la legislación interna es irrelevante para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales. De lo que se derivaría la posible responsabilidad internacional del estado español, al margen de la responsabilidad individual de los que participaron en

¹⁶ *Transición española y justicia transicional*, ya citado, p. 334 y siguientes.

la ejecución de los crímenes internacionales, por el incumplimiento de los deberes de garantía de los derechos humanos, de la obligación de investigar hechos tan graves como la desaparición forzada de adultos y de niños, cometidas con carácter sistemático, del compromiso de averiguar su paradero y destino, de recuperar los restos de los que fueron asesinados y de reparar a las víctimas.

No puede olvidarse que el poder judicial forma parte del estado y es responsable del cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos. Así lo puso de manifiesto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General 31 de fecha 2004: todos los poderes del estado, también el judicial, están en condiciones de asumir las responsabilidades internacionales derivadas del Pacto de derechos civiles y políticos y, así, evitar que interpretaciones basadas en el derecho interno desencadenen el incumplimiento de las obligaciones del Tratado. «El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas», entre ellas su aplicación directa, o de disposiciones constitucionales o legales comparables o por la interpretación conforme del derecho nacional, en nuestro caso bajo la cobertura del art. 10.2 CE (el documento se titulaba «La índole de la obligación jurídica impuesta»).

6. Conclusión

Hay que constatar la incapacidad presente para resolver el problema nacional de los desaparecidos, niños y adultos, y de las fosas comunes donde yacen los que fueron ejecutados extrajudicialmente, un drama que ha sido ignorado por las autoridades durante la democracia, incluso que ha sido objeto de políticas para invisibilizar el dolor y el sufrimiento de las víctimas.

La privatización de las obligaciones estatales de investigar y dar respuesta al derecho a la verdad, de hacer justicia y de reparar a las víctimas, no solo perpetúa el daño, sino que añade nuevos sufrimientos, al

margen de representar en sí mismo, como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un trato inhumano. El ejercicio privado de la memoria de la catástrofe nunca estuvo proscrito, las víctimas guardaron la ausencia en silencio, en la reserva de las familias. Lo que estuvo prohibido era hacer público el daño, reivindicar la memoria de los desaparecidos y asesinados, como ha resaltado Ibáñez Fanés.

La reparación pasa por la publicidad, frente a tantos años de olvido, silencio e impunidad, por el reconocimiento de la misma irreparabilidad del daño. Para ello es preciso investigar los hechos, buscar a las personas desaparecidas, indagar las identidades de los niños secuestrados y localizar los cadáveres de las personas asesinadas, hallar sus restos y devolverlos a sus familiares. Superar, en la medida de lo humanamente posible, exige que el estado y la sociedad asuman la magnitud de la tragedia personal y colectiva, la injusticia de las políticas públicas de echar en el olvido o pasar página. Los muertos y los desaparecidos pertenecen al espacio público, ellos formaban parte de esta comunidad y a ella, simbólicamente, deben ser devueltos, con la dignidad que se merecen. La obligación al respecto incumbe exclusivamente al estado, aparato de poder que actúa en nombre de la sociedad, no a la iniciativa privada.

La satisfacción de las víctimas comprende la disculpa pública con reconocimiento de las violencias infligidas y padecidas y la aceptación de responsabilidades, según establece el derecho internacional, así el principio 22 de la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, que citamos antes, denominada Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Hay que conjugar el verbo del perdón. El propio estado, sucesor del que se erigió sobre el crimen, debería asumir ese papel.

Por fin, habría de atenderse a la fractura de esta sociedad, donde conviven, tantos años después, memorias enfrentadas, que algunas ve-

ces parecen irreconciliables. Ahí, la necesidad de emplear mecanismos conocidos por la ética reconstructiva y la justicia restaurativa, para restablecer un tejido social dañado, mediante la mediación y el reencuentro. Pero ello no será posible si no después de una dosis mínima de reparación. Como dijo Benjamín «la memoria abre expedientes que el derecho da por terminados».

Para acabar, y enmendar un poco esa memoria usurera de la que resulta tan difícil desembarazarnos, me gustaría recordar en este espacio de reflexión judicial al magistrado Francisco Javier Elola, que fuera Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de la República, condenado a muerte en consejo de guerra por el delito de rebelión, sentencia invertida que los golpistas aplicaron a quienes defendieron la legalidad, y que fue fusilado hace ahora setenta años.

PERSEGUIBILIDAD PENAL DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO.
APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL
AL CASO ESPAÑOL. ANTECEDENTES JUDICIALES EN ESPAÑA
Y EN EL EXTRANJERO

CÉSAR ESTIRADO

Fiscal

Unión Progresista de Fiscales

Este trabajo trata de responder a la siguiente cuestión: ¿Son perseguibles los crímenes del franquismo cometidos tras el golpe militar del 18 de julio de 1936 durante la guerra civil y tras su finalización, en cuanto son tipificables como crímenes de lesa humanidad?

La contestación a esta pregunta requiere transitar las siguientes fases ¿Cómo se pueden tipificar estos hechos? ¿Se pueden vencer o superar los obstáculos tradicionales del Derecho Penal que impedirían la persecución de estos hechos, tales como la prescripción, la existencia de Ley de Amnistía, la irretroactividad de la Ley penal desfavorable? ¿Cómo opera el Derecho Penal internacional de los Derechos Humanos en relación con estos obstáculos?

En primer lugar, debo aclarar que el desarrollo de este trabajo parte de las aportaciones llevadas a cabo con motivo de los procesos abiertos en la Audiencia Nacional por la presentación de sendas denuncias por la U.P.F. para la persecución de los crímenes cometidos por las Dictaduras Militares sufridas por Argentina y Chile tras los correspondientes golpes militares, que habíamos tipificado como genocidio, terrorismo y torturas. Pues bien, todos los reparos que entonces se pusieron por la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las defensas de los imputados y luego procesados fueron superados con base en la consulta de

los avances acumulados por el Derecho Internacional en ese ámbito, constituyendo estos procesos a su vez un profundo avance en la persecución eficaz e irrenunciable de estos crímenes bajo el principio de la justicia universal. Ahora contemplo cómo nuevamente la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha reproducido algunos argumentos similares para obstaculizar el nuevo proceso emprendido por el Juzgado de D. Baltasar Garzón a raíz de la denuncia presentada por los familiares de las víctimas del franquismo.

En primer lugar ¿Se pueden tipificar los crímenes cometidos por los sublevados franquistas y la posterior Dictadura como crímenes de lesa humanidad?

Existe una primera tipificación de estos hechos como «genocidio». Como ya planteó la UPF en las causas de Argentina y Chile, la realización de los actos objetivos del tipo de genocidio son indiscutibles: están probados en la actual historiografía los asesinatos en masa, los secuestros, las torturas, así como la ejecución de tales actos dentro de una política gubernamental que los autorizaba y ordenaba. Por lo tanto, lo único que puede discutirse es el aspecto subjetivo del delito: es decir, el propósito directo de los autores de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso. Así, se podría argumentar que la única finalidad de los actos criminales cometidos fue la de destruir grupos políticos o sociales, sin otra finalidad que la ideológica, y que como en la definición internacional de genocidio, así como en la contenida en nuestro vigente Código Penal, no se contempla la finalidad de destruir grupos políticos, a diferencia de lo que se preveía en la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 1946 que dio lugar al Convenio Internacional sobre el Genocidio de 1948, tales actos con ese tipo de finalidad quedarían fuera del delito de genocidio. Pero nosotros ya argumentamos en aquellos procesos que tales actos sí tendrían encaje en el tipo de genocidio a través del concepto típico de «propósito de destrucción parcial de grupo nacional». Tal como hicieron las Juntas

Militares argentinas y chilenas, el bando rebelde franquista expresó desde un principio su primordial finalidad de depuración nacional, eliminando todos los grupos subversivos que no tenían encaje en su proyecto ideal de «nación española» o de «españolidad». Por tanto, está claro que la implementación de los actos ilegales de represión quería destruir una parte de la nación española, en concreto aquella que los rebeldes consideraban que no tenían cabida en su proyecto de «reorganización nacional». De modo que el concepto típico «grupo nacional» debe interpretarse en el sentido de grupo unido por cualquier vínculo, incluido el político o ideológico, que forme parte de una nación. Sólo con esta interpretación se consigue proteger eficazmente el bien jurídico que se pretende sin duda proteger a nivel internacional, a saber, el derecho de los grupos humanos, de cualquier clase, a su existencia. Además, esta interpretación está avalada por la de los organismos competentes de la ONU, que en el caso del exterminio de Kampuchea (1975-1979), dictaminaron que tales actos eran encuadrables en el delito de genocidio, cuando es evidente que la finalidad de aquel exterminio era también político-ideológica, pues no se trataba de destruir ningún grupo por razones étnicas, o religiosas, o por su identidad nacional. Se consideró, en cambio, que el llamado «autogenocidio», es decir, el caso de que los autores del exterminio pertenezcan al mismo grupo nacional que las víctimas, encaja en el tipo de genocidio a través del concepto de destrucción parcial de grupo nacional. Es decir, cuando los genocidas pretenden eliminar una parte de su propia nación, por razones ideológicas. Para reforzar esta tesis, el dictamen que al efecto elaboró el Instituto alemán Max-Planck para el Derecho Penal extranjero e internacional, el cual dio origen al inicio de otro proceso penal en Alemania por los delitos de desaparición de personas bajo la Dictadura Militar Argentina, consideró que en la medida que la norma penal alemana reguladora del genocidio estaba conexas con el Derecho Penal Internacional, que a su vez es parte integrante del Derecho Internacional Público, debería interpre-

tarse de acuerdo con las fuentes de éste, una de las cuales es el llamado «ius cogens», es decir, el conjunto de normas no escritas aceptadas por la comunidad internacional como obligatorias y vinculantes. Por tanto, podría extenderse directamente la prohibición penal del genocidio a los grupos políticos, pues posee carácter de ius cogens la prohibición del genocidio, también por motivos políticos. En definitiva, esta interpretación del delito de genocidio, más acorde desde luego con el Derecho Humanitario Internacional, es la que afortunadamente ha sido acogida por el Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, que por unanimidad, en el histórico Auto de 4-11-98 resolvieron afirmativamente la cuestión planteada por la Fiscalía sobre la competencia de la jurisdicción española para conocer de aquellos hechos. Así este Auto utilizaba unos razonamientos que considero plenamente aplicables al caso que ahora nos ocupa: «La acción plural y pluripersonal imputada, en los términos en que aparece en el sumario, es de actuación contra un grupo de argentinos o residentes en Argentina susceptible de diferenciación y que indudablemente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y hostigamiento. Y las acciones de persecución y hostigamiento consistieron en muertes, detenciones ilegales prolongadas, sin que en muchos casos haya podido determinarse cuál fue la suerte corrida por los detenidos —repentinamente extraídos de sus casas, súbitamente expulsados de la sociedad y para siempre— dando así vida al concepto incierto de «desaparecidos», torturas, encierros en centros clandestinos de detención, sin respeto de los derechos que cualquier legislación reconoce a los detenidos, presos o penados en centros penitenciarios, sin que los familiares de los detenidos supiesen su paradero, sustracción de niños de detenidos para entregarlo a otras familias —el traslado por la fuerza de niños del grupo perseguido a otro grupo—. *En los hechos imputados en el sumario objeto de investigación, está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población argentina, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de exterminio,*

que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación al nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, desapariciones, sustracciones de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo. Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término «político» o las voces «u otros» cuando relaciona en el art. 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio ahora cobra vida en virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al Tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que comparten la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El art. 137 bis del Código Penal español derogado y el art. 607 del actual código penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó la Convención de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta casua. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de Derecho Internacional, requiere que los términos «grupo nacional» no signifiquen «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino simplemente grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden

impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social del genocidio —sentida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito— no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio, como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no pueden excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria.

Cabe igualmente plantear la tipificación de estos crímenes como «crímenes contra la Humanidad». Esta tipificación internacional surge con el Estatuto del Tribunal de Núremberg en 1946. Lo definía como «el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación, y cualquier acto inhumano cometido contra la población civil, antes o durante la guerra, o bien la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.» En su resolución 95, de 11 de Diciembre de 1946, la Asamblea General de la ONU «confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Núremberg y por la Sentencia de ese Tribunal». Como consecuencia, adquiere alcance universal el Derecho creado por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal internacional de Núremberg. Estos se han convertido en parte del Derecho Internacional consuetudinario. Así, la posterior tipificación internacional del crimen de genocidio se debió a su consideración como el más grande de los crímenes contra la Humanidad por atentar al derecho de

un grupo a su existencia. El actual art. 607 bis de nuestro Código Penal, introducido tras la Reforma operada por la L.O. 15/2003, tipifica como crímenes de lesa humanidad la realización de determinados actos graves contra las personas «como parte de una ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella» y en todo caso «por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional.» Evidentemente, si según los razonamientos anteriores, los actos de exterminio y de represión cometidos por el bando franquista y durante la Dictadura tienen encaje en la figura de genocidio, por ser de clara y directa aplicación los supuestos fácticos y los razonamientos jurídicos que han llevado con éxito a la consideración judicial de hechos similares como tal delito de genocidio, con mayor razón cabrá en todo caso su tipificación como crímenes contra la Humanidad, pues el genocidio es el más grave de ellos, sin que sea preciso demostrar a estos efectos el propósito de destrucción del grupo, bastando los actos de persecución u hostigamiento represivo y sistemático del mismo.

Existe una tipificación a mi juicio muy clara como delitos de tortura, teniendo esta conducta un carácter sistemático como política oficial de los sublevados y luego represores. La gravedad de este delito, desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario, llevó a la ONU a la aprobación en 1984 del Convenio contra la Tortura. En él se define la tortura como «todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público

u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su conocimiento o aquiescencia». Esta Convención fue ratificada por España en 1987. En el procedimiento de extradición de Pinochet a España, se planteó la posibilidad de considerar la desaparición forzada de personas como delito de tortura psicológica, por el grave sufrimiento que esta situación ha producido y sigue produciendo a los familiares. La Sentencia de la Corte Inglesa permitiendo la extradición de Pinochet de 8-10-99 estableció que «mientras que las desapariciones se refieran a la tortura, el efecto sobre las familias de los desaparecidos entra en el campo de la tortura psíquica».

En cuanto a la tipificación de los hechos como delito de terrorismo, creo que son plenamente aplicables los argumentos esgrimidos en el proceso referente a las Dictaduras de Argentina y Chile. Los elementos que definen el delito de terrorismo son, en cuanto al aspecto objetivo del tipo, la realización de actos graves contra la vida, integridad o libertad personal, dentro o en relación con una banda o grupo armado y organizado que opera con cierta permanencia, siendo tales actos de carácter ilegal (no permitidos por el ordenamiento interno) y, en cuanto al elemento subjetivo, la finalidad de alterar el orden político o de perturbar gravemente la paz social. En cuanto a los actos objetivos, como hemos visto en el genocidio, no hay duda de que en el bando rebelde y en la posterior represión de la Dictadura se produjeron, habiendo grandes pruebas al respecto (basta acudir a cualquier investigación histórica seria). Por la Fiscalía se discutió en aquel proceso (relativo a las Dictaduras argentina y chilena) si se pueden considerar a las Fuerzas Armadas de un país como una banda armada. Este argumento de la Fiscalía cayó en el mayor de los ridículos, siendo rechazado por el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional. En efecto, cuando una organización o institución oficial se aparta de sus funciones institucionales, para las cuales está legalmente constituida, y se dedica a la perpetración de actos delictivos, está claro que respecto de tales actos pierde la consideración

de organización institucional, convirtiéndose en una banda ilegal armada. De modo que los militares que cometieron las atroces violaciones de derechos humanos no actuaron como representantes legítimos de la Institución a la que pertenecían, sino como delincuentes que utilizaron ilegalmente los recursos de la Institución armada, aprovechándose ilícitamente de ella. A este respecto hay que hacer hincapié en que es requisito esencial del delito de terrorismo la actuación ilegal, fuera de los cauces institucionales. En el caso que nos ocupa hubo muchos casos de represión totalmente ilegal, no sólo respecto de la legalidad democrática que los militares rebeldes violaron, sino incluso tales actos criminales no estaban amparados por la propia legalidad de la Dictadura. En cuanto al elemento subjetivo (propósito de alterar o eliminar el orden político establecido), también se alegó torpemente por la Fiscalía en relación con el caso argentino que el propósito de los golpistas era el de una mera suspensión de tal orden, para subsanar las deficiencias y poder a posteriori consolidarlo. Está claro para cualquier mentalidad democrática que poner fin al funcionamiento del Parlamento y Gobierno legítimos, acabar con la separación de poderes públicos, que pasaban a concentrarse en Juntas Militares, y eliminar las garantías individuales implica una finalidad de alteración del orden político democrático. Pero es que además los actos clandestinos de represión alteraban el orden institucional del Régimen dictatorial, al tener lugar prescindiendo incluso de los cauces oficiales de represión (procesos sumarios y pena de muerte). El tan citado Auto de la Audiencia Nacional no dudó en incardinar los actos investigados en aquel sumario como delitos de terrorismo, al concurrir «las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico vigente), propias de la banda armada». Finalmente decía el Auto «como escribía Antonio Quintano Ripollés en los años cincuenta una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a prolifera-

rar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda el campo propio del Derecho Penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es sin duda el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aún del patriotismo».

Es finalmente relevante la tipificación de estos hechos como crímenes de guerra, codificados en las Convenciones de Ginebra de 1949, ratificadas por España, que contemplan disposiciones a todo conflicto armado, incluyendo los internos, para la protección de la población civil y de los prisioneros, prohibiendo en cualquier tiempo y lugar «atentar contra la vida y la integridad corporal de las personas», «malos tratos y torturas», «toma de rehenes», «atentar contra la dignidad de las personas, en especial los tratos humillantes y degradantes».

Una vez establecido el marco de tipificación de los hechos por los que se inició en la Audiencia Nacional el proceso contra los crímenes del franquismo, pasamos a analizar los obstáculos que se han planteado para su posible persecución penal.

En primer lugar, el relativo a la Ley de Amnistía de 1.977. Como ya se argumentó por la UPF en el proceso referente a los crímenes de las Dictaduras argentina y chilena, las diversas normas de impunidad que impedían en dichos países la investigación judicial de los actos denunciados, hay que dejar muy claro que son normas ilegítimas, totalmente contrarias al Derecho Internacional, como así lo han dejado claro la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU, por violar la obligación internacional de los Estados a asegurar el derecho fundamental de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos a obtener justicia y reparación. Ya la re-

solución de Naciones Unidas de 3-12-73 proclamó que «los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas». Una de las razones fundamentales por las cuales se ha desarrollado un Derecho Internacional con carácter obligatorio (*ius cogens*) para reprimir los crímenes contra la Humanidad, ha sido la dificultad para una persecución de esos crímenes a través de las jurisdicciones nacionales, que habitualmente se dotan de normas de impunidad que impiden esta persecución efectiva. Pues bien, en la medida que la Ley de Amnistía, en cuanto impide la persecución penal de los citados crímenes de lesa humanidad es contraria al Derecho Penal Internacional y a principios esenciales del mismo, con fuerza de *ius cogens*, y que tal Derecho Internacional ha sido recogido por nuestra Constitución de 1978 a través de los art. 10 y 96, debe entenderse derogada esta Ley por la Constitución en este concreto ámbito, sin necesidad de plantearse la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Como ha expuesto Amnistía Internacional a este efecto, «no es posible que los Tribunales españoles hayan asumido su competencia para investigar y perseguir los crímenes más graves cometidos en varios países, en cuyas causas ha sostenido la nulidad de las leyes de amnistía o prescripción, y se abstengan de investigar crímenes similares cometidos en su propio país». Asimismo sostiene esta organización humanitaria que la invocación por el Fiscal de la Ley de Amnistía de 1977 para frenar la investigación «podría suponer el establecimiento de mecanismos de impunidad incompatibles con la legalidad internacional respecto de crímenes contra la Humanidad». A este respecto, es de especial interés el pronunciamiento colateral del famoso Auto del Pleno de la Sala Penal de la A.N ya aludido, al decir que «las Leyes argentinas de punto final y obediencia debida son aplicadas y determinan la exen-

ción de responsabilidad que se declara, argumentándose que, aunque derogadas, esas Leyes ya han operado sus efectos y mantienen virtualidad por el principio de la ultractividad de la ley penal más benigna o favorable. Con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al «ius cogens» internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras...lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal...». El ya citado dictamen del Instituto Max Planck concluye a estos efectos que «la ilegalidad internacional de dichas leyes (despenalizadoras) resulta del hecho de que el Derecho Internacional Público establece obligaciones de persecución y sanción para ciertas graves violaciones de los Derechos Humanos, como asesinatos extrajudiciales, tortura y desaparición forzada. El Derecho interno de no sancionar ciertos delitos termina, en principio, allí donde se opone a los deberes de persecución y castigo del Derecho Público Internacional».

También se ha invocado la prescripción de los hechos, dado el transcurso de muchos años desde la comisión de los hechos hasta el inicio del proceso abierto tras la denuncia que ha dado lugar al proceso, que desde luego excede los plazos ordinarios de prescripción. A este respecto, debe señalarse en primer lugar que en 1968 se aprobó por la Asamblea General de la ONU la Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Ahora bien, el hecho de que es en dicho año cuando se declara en el Derecho Internacional escrito dicho principio, no es obstáculo para considerar que dicho principio de imprescriptibilidad de estos graves crímenes no existiera previamente en el Derecho Internacional consuetudinario a través del llamado «ius cogens», de modo que este Tratado sería entonces la mera consagración o confirmación escrita de un principio previamente existente mediante otras fuentes normativas

propias del Derecho Internacional. Así ha sido reconocido por varias Sentencias trascendentales en este ámbito.

En relación con el famoso caso de Klaus Barbie, en 1985 el Tribunal de Casación francés daba una definición de crimen contra la humanidad que incluía el elemento de la imprescriptibilidad.

En 1997 el Tribunal Militar de Roma, que reconocía a Erich Priebke y Karol Hass como responsables de los asesinatos de la llamada «Fosse Arbeatina», producidos durante la segunda guerra mundial por oficiales nazis, declaró que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad es un principio general del ordenamiento internacional. Con ello, el Tribunal italiano viene a decir que la imprescriptibilidad no proviene del Convenio de 1968, porque éste no es sino una «consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión». Es decir, la Convención no habría hecho otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el Derecho Internacional consuetudinario.

La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se integra en el principio de jurisdicción universal, que implica que estos graves delitos son perseguibles en todo el mundo y en todo momento, cualquiera que sea el lugar y el tiempo de su comisión, cualquiera que sea la nacionalidad de los autores y de las víctimas.

Este principio propio del Derecho Penal Internacional se acoge en el vigente Código Penal español en el art. 131.4 al establecer que «los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso». También se recoge en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente de 1998 al declarar en su art. 29 que «los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán».

De todo ello se infiere la inoponibilidad de la institución de la prescripción para impedir la investigación y enjuiciamiento de estos hechos.

Otro obstáculo alegado, en relación con los anteriores, es el principio general del Derecho Penal de irretroactividad de la ley penal desfavorable,

oponiendo la aplicación de normas, no sólo escritas sino incluso de ius cogens propias del Derecho Internacional a hechos anteriores a su nacimiento. Es esencial el examen de esta cuestión. Si conseguimos demostrar que para los crímenes de lesa humanidad, objeto de preocupación por el Derecho Internacional, no rige este principio tradicional del Derecho Penal, de modo que la sanción de estos crímenes es independiente de la existencia de norma penal escrita en el momento de su comisión, entonces se caen juntos todos los obstáculos planteados, como un castillo de naipes.

Este punto fue objeto de tratamiento específico por el dictamen ya citado del Instituto Max Planck. Así, al hablar de la prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege praevia*), expone que «a nivel del Derecho Internacional Público Penal este principio ya no requiere de principios legales escritos para fundamentar una penalidad, sino que —desde la jurisprudencia de Nüremberg— son suficientes los principios no escritos pero reconocidos por el Derecho consuetudinario. Basta la penalidad en el momento de perpetración de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones, principio recogido en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos». Esa disposición quiere evitar la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos y/o a delitos internacionales». En efecto, este Tratado de 1966, tras recoger el principio de legalidad penal para los Derechos internos, y la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, establece que «nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional».

Este principio, nacido del Estatuto del Tribunal de Nüremberg para la persecución de los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos con anterioridad, parte de la gravedad de estos crímenes para toda la Humanidad, de modo que su persecución es obligatoria e indeclinable, nunca puede escaparse a dicha persecución, que debe ser efectiva y

radical, por lo que no puede hacerse depender de la tipificación previa en la norma penal interna, máxime cuando la implementación de estos crímenes normalmente se realiza desde el propio aparato del Estado, que trata de dotarse lógicamente de impunidad.

A estos efectos, el Tribunal Constitucional alemán, en el caso de los tiros mortales en el muro, ha aclarado que «la formalidad estricta de la prohibición de retroactividad debe pasar a un segundo plano por razones de justicia para facilitar la persecución y sanción penal de la criminalidad estatal y gubernamental grave».

Debe señalarse expresamente el caso de las detenciones ilegales con desaparición, que en el Derecho Penal Internacional se ha tipificado como «desapariciones forzadas», y que tanto la Declaración sobre desapariciones forzadas de la Asamblea General de la ONU de 1992 como la Sentencia inglesa sobre la extradición de Pinochet reconocen que la desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia, así como que constituye una violación de las normas de Derecho Internacional que garantizan a todo ser humano el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Es decir, la desaparición forzada es una forma de tortura, que se sigue cometiendo mientras no se dé razón sobre el paradero de las personas desaparecidas, tratándose de un delito de ejecución permanente, permaneciendo vigente el derecho de los familiares a conocer el destino de la víctima. Así lo sostuvo el Auto del Juez Baltasar Garzón de fecha 26-3-99 con éxito en el proceso de extradición seguido en el Reino Unido contra Pinochet. Ello resulta de especial significación en el caso de los crímenes franquistas, al basarse en parte en casos de desapariciones de víctimas detenidas ilegalmente, de cuyo paradero no se ha tenido noticia, y cuyos restos no han aparecido nunca.

Se puede concluir, fundamentalmente, que si nuestras instituciones jurisdiccionales decidieran definitivamente que procede la no persecución de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el franquismo,

amparándose en los distintos institutos jurídicos examinados, España incumpliría la obligación internacional de persecución real y efectiva de dichos crímenes, que, al estar por otra parte sujetos al principio internacional de justicia universal, podrían ser perseguidos por cualquier Tribunal extranjero que tuviera recogido en su Derecho interno este principio de justicia universal, además de dar lugar a la responsabilidad internacional de nuestro Estado por este incumplimiento grave en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

JUSTICIA TRANSICIONAL Y DERECHO PENAL EN ESPAÑA

JOSEP TAMARIT SUMALLA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Lleida

1. La transición en España

El objetivo de esta aportación es resaltar los principales problemas jurídicos del proceso de transición a la democracia en España, desde la perspectiva del Derecho penal. Por lo tanto no me corresponde extenderme aquí en el análisis de la transición, aunque, a título introductorio, me parece necesario indicar algunas de las notas que permiten definir la singularidad del referido proceso, a los efectos de poder valorar la gestión de la justicia transicional en términos comparativos con la experiencia vivida en otros Estados.

El régimen franquista constituyó un caso poco común de proyecto autocrático victorioso y consolidado. El final del régimen se produce como consecuencia de la muerte del dictador tras casi cuarenta años de dictadura que siguieron a una guerra civil devastadora. La desaparición física de muchos o un largo exilio de otros explican la debilidad de la oposición al régimen, además de la habilidad con que éste supo adaptarse a las circunstancias y aprovechar la bonanza económica en sus últimos años. No fue sólo el temor a una nueva confrontación civil, sino la conciencia de encontrarse bajo el férreo poder político y militar de los sucesores de Franco lo que llevó a las fuerzas democráticas a aceptar las condiciones de un proceso reformista impulsado desde el interior del régimen tras el que veían la posibilidad de la instauración de la democracia. En esas condiciones era como mínimo poco realista pensar en la posibilidad de exigir alguna clase de responsabilidad por lo sucedido.

Si tratamos de caracterizar la transición española por medio de las categorías utilizadas en los estudios de justicia transicional, nos encontramos con ciertas dificultades. En ocasiones ha sido señalada como ejemplo de transición basada en el olvido y en otras como un supuesto de «tercera vía hacia la impunidad» entre la pura autoamnistía y el otorgamiento de actos de perdón (HUYSE). En lo que concierne a la distinción entre casos de victimización simétrica y asimétrica, observamos en el caso español dos realidades que, aunque unidas entre sí, deben ser distinguidas: la guerra civil y la dictadura, caracterizada la primera por una victimización «simétrica» (no entramos en la valoración del «grado de simetría») y la segunda por una victimización básicamente asimétrica y vertical, protagonizada desde el poder. Pero ahí también es muy importante otra distinción, entre la primera etapa del régimen, en la que se cometieron las mayores atrocidades y violaciones de derechos humanos, y una segunda etapa en que se atenuó el furor represivo hasta el punto que algunos llegaron a utilizar en los últimos años de Franco la expresión «dictablanda», en que los atropellos de los derechos humanos ya no tenían un carácter «masivo» y apareció el fenómeno del terrorismo. Se manifiesta en ello el imperio del tiempo como gran agente de los procesos jurídicos y políticos. El transcurso del tiempo desde los actos que causan mayor conmoción social, como ha señalado Elster, reduce las demandas sociales de justicia. Volviendo a la primera distinción efectuada, el carácter «simétrico» de las victimizaciones sufridas favorecería en general soluciones de carácter «compensatorio», de modo que se renunciaría a exigir responsabilidades según una lógica propia de la «compensación de culpas», pero ello no sería así en los supuestos de «victimización vertical», aunque, claro está, no puede olvidarse que la condición para hacer efectiva cualquier forma de justicia es que se disponga efectivamente del poder de ejercerla.

Bajo estas premisas deben ser valoradas la ley de amnistía de 1976 y la más amplia de 1977, aprobada por Parlamento surgido de las primeras elecciones democráticas de junio de 1977. La amnistía de los presos

políticos, de todos aquellos que habían sufrido represión por su oposición al régimen franquista, era una de las principales reivindicaciones de los partidos democráticos. La Ley de amnistía fue aprobada con el voto favorable de más del 90 % de los diputados, con el apoyo de los partidos políticos que representaban más claramente la oposición democrática al franquismo. La amnistía se extendía incluso a quienes habían cometido delitos de sangre si habían actuado por motivos políticos, lo que incluía a los miembros de ETA y otras organizaciones terroristas, y comprendía los «delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley» y los «delitos cometidos por los funcionarios y los agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas» (art 2 de la Ley de Amnistía de 6 de octubre de 1977). Se sellaba así un pacto, muy poco explicitado, por el que el régimen saliente accedía a la amnistía reclamada por las fuerzas democráticas a cambio de no tener que responder ni los dirigentes ni los lacayos de aquél por sus crímenes.

Para caracterizar la transición española suelen utilizarse expresiones como «olvido» o «reconciliación». La primera es muy adecuada y, así, se ha señalado con acierto que se trataba de una «transición amnésica» (Reyes Mate). Sin embargo, la idea de reconciliación debe ser evitada, dado el uso altamente manipulador que se ha efectuado de la retórica de la reconciliación, a no ser que con la misma se quiera meramente expresar la antítesis que algunos han visto entre ésta y la justicia. Además, los requisitos de un proceso de reconciliación tal como el mismo podría ser entendido por parte de una literatura desarrollada a partir de las experiencias de las comisiones de la verdad en algunos países, básicamente de la Comisión sudafricana por la verdad y la reconciliación (Daly/Sarkin), es obvio que no concurren en el caso español. También se ha acudido a la idea de «olvido con rehabilitación parcial» (Gil Gil) en referencia a los diversos actos de reparación que se han ido produciendo.

Los actos de reparación deben ser analizados en el contexto anteriormente señalado. Hay en un primer momento actos de rehabilitación de funcionarios represaliados y de reconocimiento a los herederos de fallecidos el derecho a percibir prestaciones debidas (Decreto de 5 de diciembre de 1975 y Decretos 27 de mayo y 2 de junio de 1977). Tras la aprobación de la Constitución de 1978 se inicia un proceso lento y gradual en el que el régimen democrático va adoptando decisiones de carácter reparador, que durante un tiempo responden a una lógica de equiparación, reconociendo a los perdedores de la guerra prestaciones de las que se beneficiaban hasta el momento sólo los vencedores, y tomando como referencia la guerra civil, como si no hubiera existido después una larga dictadura y no se hubiera salido aún totalmente de ella (así Leyes de 29 de marzo de 1982 y de 22 de octubre de 1984). No es hasta el año 1990 y a través de una Disposición Adicional a la Ley de Presupuestos del Estado (de 29 de junio de 1990) que se da el paso consistente en reconocer derechos de indemnización a favor de quienes sufrieron prisión durante 3 o más años y mediante la Ley de 18 de marzo de 2005 se aprueba una prestación económica a favor de los denominados «niños de la guerra». Respecto a la devolución de bienes incautados, el proceso de reparación ha sido también lento, gradual y limitado, alcanzando a los partidos y sindicatos pero no a los particulares. La condena explícita del régimen franquista y la calificación como ilegítimas de algunas de sus decisiones no se produce hasta la aprobación de la Ley 52/2007, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Esta última norma, conocida como «Ley de la memoria histórica» ha respondido a una voluntad de paliar las carencias del proceso de transición y ha recibido críticas de muy diverso signo, algunas de las cuales han destacado su oportunismo político o han entendido que llegaba demasiado tarde, mientras otras han denunciado que se queda corta en

el reconocimiento de los derechos de las víctimas y en la reparación de las injusticias cometidas por el franquismo. Para valorar adecuadamente la oportunidad de la Ley hay que tener en cuenta lo sucedido durante los treinta años que separan esta Ley del proceso de transición. Por una parte, el mundo ha asistido a la emergencia de una serie de fenómenos:

Primero: La irrupción de las víctimas como sujeto de derechos, proceso que ha tenido como referencias clave la aprobación por la AG de la ONU de la Declaración de los derechos de las víctimas del delito y del abuso de poder (1985) y, ya en los años noventa del siglo pasado, de diversas resoluciones que establecen la necesidad de evitar la cultura de la impunidad por las violaciones de los derechos humanos y los derechos de las víctimas de los regímenes políticos que recurren a estas prácticas.

Segundo: El desarrollo del Derecho penal internacional, que tiene como momento culminante la aprobación del Estatuto de Roma (1998) y la consiguiente creación de la Corte penal internacional, pero que en la práctica se materializa sobre todo en la actividad de diversos Tribunales especiales, como los que juzgan los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y en Rwanda.

Tercero: La existencia de diversos procesos transicionales en los años ochenta y noventa del siglo anterior, en los que alcanzan un importante protagonismo las reivindicaciones de las víctimas y se adoptan medidas de diverso signo y en circunstancias muy diversas, orientadas a dar satisfacción a esos derechos, entre las cuales destacan, en algunos países, las Comisiones de la verdad.

Cuarto: La creciente atención de la sociedad a la gestión del pasado, fruto de lo cual es la llamada «cultura de la memoria».

En el plano interno debe tenerse en cuenta la labor de las asociaciones de familiares de víctimas o de entidades que reivindican la elaboración de la memoria histórica y un creciente interés por parte de los historiadores en el estudio de la guerra civil y del franquismo, así co-

mo la labor de la comisión interministerial que propuso al Gobierno la adopción de medidas orientadas al reestablecimiento de la memoria histórica. Fruto de iniciativas de la sociedad civil con un firme apoyo de algunos gobiernos autonómicos son las actividades de apertura de fosas e identificación de cadáveres.

2. Juzgar los crímenes del franquismo

Juzgar la transición es algo que puede hacerse desde diversos prismas y a partir de ahí las conclusiones a que se llegue pueden llegar a ser muy diversas. Así, en el plano político o social, hay una diferencia generacional relevante. Se ha afirmado que la Ley de memoria histórica responde al juicio crítico de los nietos de quienes se enfrentaron en la guerra civil al modo en que la generación de los hijos afrontó la superación del pasado, lo cual tendría bastante en común (salvadas las distancias) con la situación que se observó en Alemania respecto al nazismo. Por otra parte, la visión del historiador y la del jurista son distintas y, en lo que concierne al Derecho, es muy diferente el análisis desde el punto de vista del Derecho internacional y el que cabe hacer desde el punto de vista jurídico-penal. Pero la gran diferencia viene marcada por el tiempo, pues no es el mismo el juicio que merecía la ley de amnistía en el momento en que fue dictada que a la luz de la posterior evolución del derecho penal internacional, el Derecho internacional humanitario y del Derecho de los derechos humanos. Hoy en día existe un amplio consenso respecto al carácter ilegítimo de las autoamnistías (concepto que, por las razones antes expuestas, no sería aplicable a la Ley española de 1977) y también de las amnistías absolutas que alcancen, de modo incondicionado, a las violaciones de derechos humanos y lleven a la impunidad. La garantía de no impunidad y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación son ya hoy principios jurídicos asentados en el plano internacional. Pero la discusión está en si podía considerarse ilegítima la referida Ley cuando fue aprobada y, en caso

afirmativo, si algún órgano interno podría declararla nula. Niega esta posibilidad Gil Gil, advirtiendo con razón que no bastaría, para poder acometer hoy el juzgamiento de delitos cometidos por los servidores del franquismo, con la consideración de la ley de amnistía como meramente «derogada» por la posterior evolución del derecho internacional, dado que habría ya agotado sus efectos con la extinción, en el momento de su entrada en vigor, de las posibles responsabilidades penales. Por esta razón en Argentina hubo que considerar las leyes de punto final y de obediencia debida como «leyes *de facto*» para poder ser después declaradas nulas y carentes de efectos jurídicos (Nino).

Parece razonable el criterio según el cual la Ley de amnistía no puede ser declarada nula por ilegitimidad sobrevenida, lo cual implicaría la aplicación retroactiva de una norma de derecho internacional que en el momento en que la Ley fue dictada su vigencia, como costumbre, era dudosa (Gil Gil). Ante ello queda la posibilidad de promover una interpretación restrictiva de la Ley, que atienda al contexto en que la misma fue aprobada, después de haberse ratificado por parte de España el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (BOE 30 de abril de 1977). La aprobación de la amnistía meses después de la referida ratificación no es algo que el jurista pueda meramente explicar como políticamente contradictorio sino como una circunstancia decisiva que enmarca el contexto en que debe efectuarse la interpretación de la norma, dado que el Pacto impone el deber de los Estados de investigar las violaciones de derechos humanos y de ofrecer recursos a las víctimas. Sin embargo, no debe olvidarse que el Pacto (art 2, 3 y 15-2) no establece propiamente una obligación de los Estados de perseguir penalmente los hechos y, además, una interpretación restrictiva no resulta fácil si se atiende a los términos en que se formulan los supuestos por los que se concede la amnistía. En primer lugar se declaran amnistiados «todos los actos con intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado». Una interpretación restrictiva que deje fuera los delitos

cometidos desde el poder no resulta posible, ya que la propia Ley luego cuida de precisar que en todo caso debe considerarse amnistiado el delito de rebelión, que no puede tener otros destinatarios que aquellos que protagonizaron la sublevación militar contra la República. Además, se incluyen expresamente los delitos que hubieran podido cometer las autoridades, funcionarios y agentes con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos, lo cual impide excluir de la amnistía supuestos de tortura y delitos relacionados, máxime si además tenemos en cuenta que la Convención sobre la tortura que obliga a los Estados a su persecución es de 1984.

En la discusión parlamentaria no hay elementos de los que pueda inferirse una voluntad de omitir los delitos gravemente atentatorios contra los derechos humanos del alcance de la amnistía. En las intervenciones de los portavoces prácticamente no hubo referencias a los delitos cometidos por los servidores del régimen franquista y, entre los que daban apoyo al texto propuesto, en todo caso se destacaba en tono crítico una excesiva limitación del alcance de la amnistía en aspectos menores, como, por ejemplo, en las penas accesorias, o se pedían indultos para ciertos delitos no políticos. La ley se aprobó a partir de una proposición de ley elaborada por las fuerzas políticas democráticas surgidas de la oposición al franquismo (Grupos socialista, comunista, vasco y catalán fundamentalmente) y asumido por la UCD, recibiendo 296 votos a favor, 2 en contra y 18 abstenciones, de Alianza Popular y algunos partidos de izquierdas integrados en el Grupo mixto. Los portavoces insistían en las ideas de reconciliación y de olvidar el pasado y mirar hacia el futuro. Entre las intervenciones es bien significativa la de Marcelino Camacho, representante del Grupo comunista, quien afirmó que «*nos hemos matado unos a otros*» y ahora «*hemos enterrado nuestros muertos y nuestros rencores del pasado*», defendiendo con entusiasmo una amnistía «*para todos*». El socialista Txiki Benegas aseguraba que «*la sola idea de poder conquistar de nuevo la libertad perdida acalla*

y hace olvidar los sufrimientos soportados» y Xavier Arzallus, en representación del Grupo vasco-catalán, apelaba al «*mutuo olvido*», dado que «hechos de sangre ha habido *por ambas partes*» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm 24, de 14 de octubre 1977).

Por otra parte, la existencia de una costumbre internacional que impusiera a los Estados el deber de perseguir penalmente las violaciones de los derechos humanos era dudosa en el momento en que fue dictada la Ley de amnistía (Orentlicher). Y si eso no fuera así, no podemos confundir los planos del Derecho internacional y del Derecho penal de los Estados. Un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por incumplir una obligación pero la norma internacional no se impone sobre la Ley interna como norma de aplicación directa en el Estado, máxime en lo que concierne a una obligación de castigar penalmente, algo que el Estado sólo puede hacer de acuerdo con su sistema jurídico interno y, en un país regido por el principio de legalidad, a partir de una Ley que defina la conducta punible y la pena aplicable a los sujetos responsables.

Respecto a la prescripción, la opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia entiende que es una institución de derecho material no susceptible de aplicación retroactiva. La prescripción de un delito supone un límite al ejercicio de la potestad punitiva estatal y una vez producida la misma con arreglo a la ley vigente existe una expectativa legítima de no ser perseguido penalmente que no puede ser defraudada mediante una ley posterior que establezca el carácter imprescriptible del delito, como ha sucedido respecto a los delitos de lesa humanidad, declarados imprescriptibles mediante LO 15/2003 de 25 de noviembre.

Ante tales obstáculos, cabía plantear una doble estrategia respecto a los delitos no prescritos: o bien, lo cual resulta difícil, negar el carácter político del hecho para conseguir abrir un proceso penal que pueda llevar a la imposición de sanciones penales, o reconocer el carácter político con el objetivo de lograr una resolución, aunque sea de carácter

interlocutorio y que ponga fin al proceso, en que queden fijados los hechos y de este modo pueda satisfacerse el derecho a la verdad y una satisfacción moral de las víctimas o sus descendientes, vía que se ha intentado en algún caso, con poco éxito.

Lo señalado hasta el momento nos confirma en la convicción, tantas veces señalada por los penalistas, de las limitaciones de la justicia penal para resolver los problemas sociales. A las dificultades indicadas debe añadirse una reflexión de tipo general, respecto a las dificultades prácticas con que debe tropezar la justicia penal, por lo que difícilmente puede servir a los objetivos de la pacificación y la restauración de las relaciones sociales. El espacio de la justicia penal está condicionado por el papel predominante de la figura del imputado, con lo que las víctimas tampoco encuentran en ella el mejor modo de que se vean satisfechas sus expectativas de reconocimiento y reparación.

3. Las víctimas: derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Una vez transcurridos treinta años desde la transición, entiendo que la actividad del Estado debe centrarse en España en arbitrar las fórmulas más adecuadas para cumplir con la obligación de poder dar satisfacción a los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación. La justicia hacia las víctimas, como ha señalado Reyes Mate, no debe ser entendida como una justicia que corresponda ejercer directamente a las víctimas o en que el Estado deba actuar al dictado de lo que establezcan los que se erigen en representantes de las mismas. La justicia de las víctimas, entendida como deber de la sociedad hacia ellas, escapa a una lógica compensatoria, propia de la justicia retributiva concebida *para* y en cierto modo *desde* los agresores, en la que éstos pueden ponerse de acuerdo para no perjudicarse y olvidar las cosas. Este nuevo paradigma de justicia, propio de la «justicia reparadora», impide hoy erigir el «mutuo olvido» como virtud política, pues el sufrimiento de las víctimas es un hecho social objetivo e independiente de quienes hayan sido

sus perpetradores y de la adscripción ideológica de quienes han sufrido violaciones en sus derechos más elementales. Por esta misma razón no resulta convincente el argumento, esgrimido desde ciertos sectores, de que la democracia debe limitarse a honrar a las víctimas del franquismo dado que éste ya reconoció y reparó a las víctimas causadas por quienes actuaron en defensa de la República o contra la sublevación militar. Estas distinciones no son aceptables, pues no cabe dar por bueno un reconocimiento moral y político hecho por un régimen cuyas bases éticas y políticas precisamente se impugnan, amén que todas las víctimas tienen igual derecho a ser reconocidas *por* el Estado democrático.

La Ley de la memoria histórica no consigue, pese a los años transcurridos, cerrar adecuadamente el proceso de transición, pues condiciona la identificación y el reconocimiento de las víctimas a iniciativas particulares de los ciudadanos. Entre los inconvenientes que ello conlleva se ha señalado el de los riesgos de que las pruebas queden contaminadas. Puede parecer muy hipotético pensar en la posibilidad de que sigan adelante procesos penales por hechos derivados de estas identificaciones, pero el Estado no podía lavarse las manos ante sucesos de esta magnitud. El papel desempeñado en otros países por las Comisiones de la verdad podría resultar difícil de conseguir en estos momentos en España y una iniciativa de este género podría parecer extemporánea en un régimen democrático plenamente consolidado que no tiene imperfecciones muy distintas de las que tienen otras democracias del entorno¹, pero la Ley era una oportunidad para crear una comisión con compe-

¹ Me parece poco esclarecedora la frase de que las virtudes de la transición son las servidumbres de la democracia, pues por una parte veo en la transición más necesidad que virtud y por otra parte tampoco creo que la democracia española esté aquejada de vicios de origen que supongan un déficit democrático. La comparación con otros regímenes democráticos de países del entorno, como el italiano o portugués, surgidos de una transición rupturista-revolucionaria y de una autoimagen colectiva propia de una «democracia militante», no permite considerar que España tenga un problema de menor calidad democrática.

tencias para investigar hechos denunciados y establecer una lista de víctimas respecto a las cuales pudieran ser aplicadas las medidas de reparación legalmente previstas.

También resulta poco satisfactoria la solución finalmente adoptada respecto a las sentencias de los Tribunales especiales mediante los cuales se llevó a cabo la actividad represiva contra los disidentes. Los Tribunales mencionados en el art 3 de la Ley y las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos por cualesquiera órganos penales o administrativos contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior o pretendieron el restablecimiento de la democracia son declarados ilegítimos. No cabe dudar del alto contenido político de esta declaración, pero con la misma no se cierra totalmente el problema desde el punto de vista jurídico, pues el concepto de ilegitimidad carece de contenido y efectos claros, a diferencia de lo que sucedería de haberse optado por la declaración de nulidad. Como ha destacado KIRCHHEIMER, no existe un *état criminal* en estado puro, por lo que los actos dictados por un Estado autoritario y carente de legitimidad democrática no cabe considerarlos en bloque como leyes «de facto» desprovistas de valor jurídico y eficacia. Ello impone una difícil decisión a las democracias, que deben establecer las fórmulas que permitan decidir en qué supuestos y mediante qué procedimientos determinadas decisiones de los órganos del régimen anterior deben ser declaradas nulas *ab radice* y no sólo derogadas. La solución adoptada en el art 3 no resuelve la cuestión pero abre el camino para que pueda conseguirse la declaración de nulidad por vía jurisdiccional. Una reforma de las normas que rigen el recurso de revisión en la línea seguida por otras legislaciones habría allanado más esta cuestión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- DALY, E., «Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition», *The International Journal of Transitional Justice*, vo. 2, 2008;
- DALY / SARKIN, «Reconciliation in divided Societies: Finding Common Ground», University of Pennsylvania Press 2006;
- DRUMBL, M.A., «Atrocity, Punishment and International Law», Cambridge 2007;
- ELSTER, J., «Justicia transicional», Madrid 2004;
- GIL GIL, A., «La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica», Barcelona 2009;
- HUYSE, L., «Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past», en KRITZ, N.J., «Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes», Washington DC, 2004;
- KIRCHHEIMER, O., «Trial by Fiat of the Successor Regime», en KRITZ, N.J., «Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes», Washington DC, 2004;
- MCADAMS, A.J., «Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies», Notre Dame (USA) 1997;
- NINO, S., «The Duty to punish the Past Abuses for Human Rights Violations of a Prior Regime», en KRITZ, N.J., «Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes», Washington DC, 2004;
- REYES MATE, «Justicia de las víctimas», Madrid 2009;
- ROTH-ARRIAZA / MARRIEZCURRENA, «Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice», Cambridge 2006;
- TAMARIT SUMALLA, J., «Amnistía y transición», en «Libro homenaje a Vives Antón», en prensa;
- TAMARIT / VILLACAMPA, «Victimología, justicia penal y justicia reparadora», Bogotá 2006.

LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LOS CRÍMENES DEL PASADO Y GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA DURANTE LA GUERRA CIVIL Y EL FRANQUISMO

LYDIA VICENTE

Miembro del Grupo de Trabajo
sobre Justicia Internacional
del Secretariado Internacional
de Amnistía Internacional

1. Introducción

Los derechos de las víctimas de graves violaciones o abusos, entre ellos los que constituyen crímenes de derecho internacional por su especial atrocidad, son objeto principal de la acción de Amnistía Internacional. Desde que en noviembre de 2002 se aprobara una proposición no de Ley en el Congreso para abordar el reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y del régimen franquista, la organización ha integrado la cuestión de los derechos de estas víctimas dentro de sus preocupaciones principales sobre España.

España, el país con mayor número de casos de desapariciones forzadas denunciadas ante sus tribunales, no sólo no ha sido ni es un modelo a seguir en el tratamiento de los crímenes del pasado y de sus víctimas, sino que se encuentra aislada en la experiencia mundial precisamente por su forma de dar la espalda a su obligación de investigar crímenes de derecho internacional y por alejar del ámbito judicial las labores de localización de fosas, exhumación e identificación de restos.

Desde Nuremberg, pasando por países de democracia más tardía —incluso que la española— en Asia, América Latina y África se han establecido suertes de mecanismos para contribuir al esclarecimiento

de la verdad respecto de crímenes contra el derecho internacional, de tal manera que, con todas sus limitaciones, tuvieron al menos verdad oficial de lo que ocurrió y sus autores se han visto ante procesos penales en jurisdicción nacional, internacional (tribunales penales ad hoc) o sobre la base de la jurisdicción universal. Cabe destacar que estos mecanismos oficiales, temporales y no judiciales son suplementarios y no sustituyen en absoluto a las instancias de justicia ni, por tanto, a la obligación indelegable del Estado de investigar las violaciones cometidas en su jurisdicción, identificar a sus responsables y sancionarlos. Además, el propio funcionamiento o establecimiento de un mecanismo de este tipo es, en sí mismo, una forma de reparación.

En España, como dejó señalado el auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, los crímenes del pasado «nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla».

2. Deberes de los Estados bajo el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos

La responsabilidad de los Estados bajo el Derecho Internacional de los derechos humanos comprende tres tipos de deberes: el de respetarlos, el de protegerlos, y el de hacerlos realidad. Por tanto, respetar, proteger y hacer realidad todos los derechos humanos no es un lujo sino una obligación internacional que los Estados deben cumplir en todo momento en virtud de leyes nacionales, regionales e internacionales.

El deber de respetar les impone la obligación de abstenerse de violar, limitar e interferir en el ejercicio de los derechos humanos debiendo asimismo asegurar, mediante las medidas necesarias, el disfrute de los mismos.

En segundo lugar, existe una clara obligación de los Estados de prevenir y castigar cualquier abuso que impida el pleno ejercicio de los derechos humanos. Este deber internacional tiene su asidero jurídico

tanto en el derecho internacional consuetudinario como en el derecho internacional convencional. El deber de protección o garantía está, a su vez, integrado por cinco obligaciones internacionales esenciales, interdependientes y complementarias que el Estado debe honrar sin que tenga la posibilidad de elegir cuál de estas obligaciones ha de cumplir. Así, se trata de las obligaciones de:

- (a) investigar. El deber de investigar no puede ser acometido de cualquier manera; supone que los Estados tienen la obligación de llevar a cabo todas las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon e identificar a los autores. Se trata de una obligación jurídica, lo que significa que las investigaciones deben ser emprendidas de oficio por las autoridades, independientemente de que medie denuncia formal. Asimismo, para que no se comprometa la responsabilidad del Estado, éste deberá adecuar su legislación interna para asegurar la realización efectiva de investigaciones prontas, exhaustivas, independientes e imparciales;
- (b) llevar ante la justicia y sancionar a los responsables. Esta obligación comprende el necesario ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado;
- (c) brindar un recurso efectivo a las víctimas de violaciones de derechos humanos. El derecho a contar con un recurso idóneo y eficaz para alcanzar el objetivo de hacer cesar la vulneración del derecho y corregir o remediar las consecuencias, es un derecho inderogable. Para el derecho internacional, este derecho incluye: la investigación sin demora, de forma efectiva, independiente e imparcial así como el acceso a justicia (es decir, emprender acciones judiciales en el caso de que se reúnan suficientes pruebas admisibles); el acceso a información objetiva sobre la violación cometida (para esclarecer las causas, hechos y circunstancias en que se produjeron tales violaciones, incluida la identidad de los perpetradores); y la reparación

del daño sufrido. Por eso, en el caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos —aquellas que constituyen crímenes de derecho internacional— los recursos deben ser esencialmente judiciales;

- (d) brindar justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares. Este derecho se considera una norma de derecho internacional consuetudinario, al que ha seguido un proceso de desarrollo convencional. La reparación ha de ser adecuada, efectiva, rápida y lo más completa posible lo que implica —necesariamente— un vínculo con aspectos del derecho a justicia. Así, no habrá mejor reparación para las víctimas y sus familiares que el esclarecimiento de la verdad sobre las violaciones ocurridas y el enjuiciamiento de los responsables; y
- (e) establecer la verdad de los hechos. El derecho a la verdad —tanto individual como colectiva— es un derecho inalienable, inderogable y no sujeto a limitaciones. La realización del derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a conocer la verdad exige necesariamente la existencia de un proceso judicial. Obtener la verdad sobre los crímenes es vital para que las víctimas conozcan qué ocurrió, las razones que los motivaron y quiénes fueron partícipes. Es la única forma para que los familiares de las víctimas directas averigüen qué les ocurrió a sus seres queridos y conocer su paradero. Es igualmente importante para que la sociedad afectada conozca las circunstancias y razones que llevaron en el pasado a la perpetración de violaciones de derechos humanos y que ello sirva para impedir su repetición así como para preservar la experiencia o memoria colectiva.

Pero las obligaciones no terminan aquí. En tercer lugar, los Estados tienen también obligaciones de promover y hacer cumplir todos los derechos humanos, tomando medidas positivas —inmediatas y progresivas— para asegurar que todas las personas gocen de tales derechos.

3. La insuficiencia de la «Ley de Memoria Histórica» a la luz del derecho internacional en materia de verdad, justicia y reparación

Amnistía Internacional ha reiterado su preocupación por la falta de recursos judiciales efectivos para determinar el paradero de las víctimas de desapariciones forzadas en España, así como la falta de voluntad de las autoridades españolas para investigar y proporcionar una respuesta adecuada y eficaz a las víctimas y sus familiares en línea con la normativa internacional.

Tanto el Ministerio Fiscal (en su recurso de apelación de 20 de octubre de 2008 contra el auto de 16 de octubre), como la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su auto de 4 de diciembre de 2008 han venido a determinar que los legítimos derechos de las víctimas encontrarían satisfacción únicamente a través del cauce de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura (denominada «Ley de Memoria Histórica»).

Sin embargo, dicha ley finalmente aprobada, aunque incluyó mejoras durante su tramitación sigue estando muy lejos de asumir las responsabilidades del Estado en materia de verdad, justicia y reparación tal y como exige el derecho internacional. Así, la ley no reconoce el crimen de desaparición forzada ni otras violaciones de los derechos humanos, pero se refiere al hecho de que las víctimas «padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas o de pertenencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura», sin considerar tal, expresamente, como una violación de los derechos humanos.

Por otro lado, a pesar de que la Fiscalía ha venido a argumentar que la «Ley de Memoria Histórica» no permite investigaciones judiciales porque ya facilita medidas adecuadas y suficientes a favor de las víctimas, lo cierto es que la propia ley no sólo no impide tales actuaciones sino que, por el contrario, prevé expresamente en su Disposición Adi-

cional 2ª que «es compatible con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España». Amnistía Internacional abogó por esta previsión logrando que el legislador la integrara, más aún cuando las medidas administrativas establecidas en la ley ni encajaban ni agotaban las obligaciones internacionales del Estado español en materia de verdad, justicia y reparación. Puesto que la ley, obviamente, no puede ocupar —ni suplir— el lugar de una investigación penal —que solo es posible en el marco de un proceso judicial penal— cabe concluir que ésta compatibiliza su campo de aplicación con las actuaciones judiciales en el ámbito de la jurisdicción penal (u otra). De no ser así, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que existen evidencias razonables de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes de derecho internacional.

La ley asimismo reconoce la «ilegitimidad» de determinados tribunales «por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo» así como de ciertas condenas y sanciones «por vicios de forma y fondo» dictadas por motivos ideológicos, políticos o creencias religiosas, que, según el derecho internacional carecen de valor jurídico. El derecho internacional se asienta sobre la base de la necesidad de garantizar un recurso idóneo y eficaz para la obtención —en sede jurisdiccional— de la nulidad de tales sentencias de forma que se pueda remediar el abuso cometido contra los derechos humanos.

En lo que respecta al derecho a verdad, aunque se incorpora la condena del franquismo, la ley no asume la principal recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de poner en marcha «una comisión nacional de investigación sobre las violaciones de derechos humanos cometidas bajo el régimen franquista» para conseguir «la verdad sobre la represión».

La ley contraviene igualmente el derecho a la verdad al negar cualquier responsabilidad del Estado en lo relativo a la clarificación del paradero, localización de fosas e identificación de los restos de las víctimas de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales pues sitúa a aquel como mero «facilitador» de las gestiones de las familias de las víctimas, ahondando en la tendencia hacia la «privatización» de tareas que no pueden ser acometidas de cualquier manera. No sólo aleja la ley dichas labores del contexto judicial como la legalidad internacional exige sino que, además, se constatan claras deficiencias en lo que se refiere a la formación de un adecuado protocolo de exhumaciones, identificación de los cadáveres, preservación de la cadena de custodia de los restos humanos y de otros elementos de prueba que pudieran ser necesarios en el ámbito de la jurisdicción penal de modo que se garantice su compatibilidad con la obligación de investigar judicialmente. Con este enfoque, España ofrece un pésimo precedente para otros países.

Asimismo cabe recordar que España lleva años sin proporcionar información alguna al Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias respecto de los casos denunciados por las víctimas. El Grupo de Trabajo concluyó su sesión 87^o el 13 de marzo de 2009 y ha transmitido al Consejo de Derechos Humanos 5 principales áreas de preocupación, tal y como subraya en su informe anual: que las medidas adoptadas por los Estados Miembros para luchar contra el terrorismo pueden estar relacionadas, e incluso ser equivalentes a desapariciones forzadas; que muy pocos Estados han tomado medidas concretas en su legislación penal doméstica para definir las desapariciones forzadas como un delito autónomo y adecuar la legislación vigente a las previsiones de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; que en demasiados países, las personas que tienen derecho a denunciar casos de desapariciones forzadas ante una autoridad independiente y competente todavía no han logrado que sus denuncias sean investigadas sin dilación y de

forma imparcial y exhaustiva; que la cuestión de las desapariciones forzadas tiene una especial resonancia en relación con las mujeres y que el derecho a la verdad debería ser disfrutado por todas las víctimas de desapariciones forzadas.

En lo que respecta al derecho a la reparación, la ley regula un «derecho» a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal —y meramente «moral»— a los que padecieron los efectos de las resoluciones «ilegítimas» e «injustas». Pero esto, al carecer de valor jurídico como hemos dicho antes, no satisface las exigencias del derecho internacional. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, debe «ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido (...)» y, los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones».

El Estado español mantiene hasta la fecha una distinción arbitraria dentro del principio de igualdad en dignidad y derechos de las víctimas, y ha prolongado la injusticia respecto de aquellas víctimas y sus familias que fueron privadas de recursos efectivos. Cabe recordar que el Plan de Derechos Humanos aprobado en diciembre de 2008 por el Consejo de Ministros contempla medidas de desarrollo de la Ley de Memoria Histórica, si bien no articula ningún tipo de asistencia en el contexto judicial para las víctimas de la guerra civil y el franquismo. Y ello, a pesar de que, por ejemplo, el Plan sí prevé el reforzamiento del estatus de la víctima del terrorismo en el proceso penal para lo cual se compromete a promover la «consolidación de los programas de acompañamiento judicial» y que uno de los ejes prioritarios que, se dice, estaría presente en todo el Plan es «el principio de igualdad y no discriminación de las personas». Si a esto añadimos la desafortunada experiencia cotidiana de la práctica judicial, las medidas relativas a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura franquista parecen haber sido relegadas a un «mero recono-

cimiento formal». Y como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las obligaciones del Estado no serán satisfechas si la protección producida por la ley doméstica existe solamente en teoría.

Un año después de la aprobación de la Ley de Memoria Histórica, Amnistía Internacional reiteró su profunda decepción y preocupación por la respuesta del Estado español. Al límite de cumplirse el plazo estipulado en la Ley, el Gobierno emprendió la tarea de dictar algunas disposiciones que sin embargo se limitaron a medidas meramente simbólicas y de escaso o nulo significado en materia de verdad, justicia y reparación. Así, se ha iniciado el desarrollo de normas sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la Disposición Adicional 7ª y la concesión de nacionalidad a los voluntarios integrantes de las Brigadas internacionales. En materia de indemnizaciones, se procedió a regular las condiciones a favor de personas fallecidas o con lesiones que ocasionan discapacidad por sus actividades en defensa de la democracia. Y, por último, el 15 de diciembre el Consejo de Ministros ha aprobado la creación de la Oficina para las Víctimas de la Guerra Civil y de la Dictadura, para facilitar la información necesaria en el ejercicio de sus derechos a las personas que lo precisen; oficina que, por el momento, aún no está operativa.

4. Crímenes de Derecho Internacional

Hace más de un siglo que el derecho internacional dejó afirmada la ilicitud y la prohibición absoluta de ciertos actos reconocidos como crímenes contra el derecho internacional. Existe en general acuerdo de que estos crímenes son considerados como tales con independencia de que un Estado los haya o no tipificado en su legislación nacional pues afectan a la comunidad internacional en su conjunto y no a la sociedad en cuyo seno han tenido lugar. Además, nada obsta para que también se pueda acudir al derecho internacional consuetudinario para fundamentar la naturaleza de una conducta o acto como crimen de derecho

internacional. A este tipo de delitos se refiere el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando recuerda que: «Nada (...) se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». De tal modo, la represión de estos crímenes representa un deber para todos los Estados, como agentes de aquella comunidad.

Además, la prohibición de algunos de estos crímenes es absoluta. En efecto, la prohibición de genocidio, de sometimiento a esclavitud, de apartheid, de tortura y de desaparición forzada de personas tienen atribuida la condición de norma imperativa de derecho internacional, constituyendo normas de *ius cogens*. El hecho de reconocer ciertos crímenes internacionales como pertenecientes a la categoría de *ius cogens* conlleva «el deber de enjuiciar o extraditar, la imprescriptibilidad y la universalidad de la competencia sobre tales crímenes, independientemente del lugar donde se hayan cometido, de la identidad de su autor (incluidos los jefes de Estado), de la categoría de las víctimas y del contexto en que se perpetraron (tiempo de guerra o tiempo de paz)».

La jurisprudencia internacional así como la desarrollada por tribunales nacionales han fundamentado igualmente fallos respecto de hechos ocurridos en fechas en las que la legislación internacional ya reconocía tales crímenes. España debería seguir la misma senda, sobre todo, cuando los propios Tribunales españoles se han pronunciado sobre crímenes internacionales ocurridos en otras partes del mundo como por ejemplo Chile, Argentina, Guatemala, China, Austria y Alemania, considerando de manera reiterada que las amnistías, así como cualquier otra medida análoga, concedidas por terceros Estados para crímenes de derecho internacional, no son vinculantes y por tanto carecen de validez en España, incluso que «El CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir,

eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificadas en el CP español».

Así, es indiscutible que los hechos que en España se han denunciado (la tortura, las ejecuciones extrajudiciales seguidas de la desaparición forzada de personas, la persecución por motivos políticos, religiosos o raciales) y que se cometieron durante la Guerra Civil y durante la dictadura bajo la dirección del régimen franquista ya eran reconocidos como crímenes internacionales en el momento de su comisión. De tal modo, los derechos de las víctimas existían desde el momento en que se cometieron los abusos por tratarse de crímenes internacionales, y por supuesto no cabe predicar que dimanen, sólo, de la Constitución Española de 1978, pues ello constituiría una vía de escape a la persecución de las graves violaciones de derechos humanos y crímenes de derecho internacional cometidos antes de 1978. Al mantener la impunidad de las mismas el Estado viola sus obligaciones internacionales y compromete su responsabilidad internacional. La impunidad de tales crímenes además de desafiar el régimen de derecho construido internacionalmente para proteger los derechos humanos y de socavar el imperio de la ley, representa el máximo desprecio por los derechos de las víctimas. Amnistía Internacional ya ha advertido que la privación de derechos a las víctimas es una segunda vulneración que ha continuado en el tiempo, y como tal debe ser reconocida, valorada como causa de reparación y sometida a la justicia.

4.1 La Desaparición forzada de personas como delito grave autónomo y constitutivo de un crimen contra la Humanidad

Dentro de la categoría de crímenes de derecho internacional —ilícitos que conllevan responsabilidad penal individual— se incluye la desaparición forzada de personas. La desaparición forzada que no reúne los elementos de crimen contra la Humanidad —porque es llevada a cabo

de manera esporádica o aislada— no se halla aún contemplada como tal en el derecho español, a pesar de ser un crimen de derecho internacional. El artículo 166 del Código Penal se refiere al delito ordinario o común de detención ilegal o secuestro sin razón del paradero. Tal tipo penal está lejos de satisfacer la definición del derecho internacional, pues hace abstracción de elementos esenciales de la desaparición forzada.

Una correcta definición del delito requerirá que la acción de privación de libertad, cualquiera que sea su forma, sea cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; concorra falta de información o negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona; y que ello impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes —es decir, dejar a la persona desaparecida fuera del amparo de la ley. Por otro lado, una tipificación conforme a obligaciones internacionales conlleva que en ningún caso resultará aplicable la eximente de «obediencia debida» o «cumplimiento del deber», extremo que rechaza tanto la Convención como la Declaración de 1992. Asimismo el Código Penal debería introducir expresamente la responsabilidad penal de jefes y otros superiores por actos de desaparición forzada —cuando no constituyan crímenes contra la Humanidad— en concordancia con el artículo 6 de la Convención.

La desaparición forzada de personas constituye un delito permanente o continuado, esto es, que se prolonga interrumpidamente en el tiempo y no concluye hasta que sea determinado el paradero de las personas desaparecidas o debidamente localizadas o identificados los restos, es decir, mientras no se hayan esclarecido los hechos. Así ha sido interpretado por tribunales y otros mecanismos internacionales.

La imprescriptibilidad resulta aconsejable a la vista de la condición de crimen de derecho internacional de la desaparición forzada y la jerarquía de norma de *ius cogens* que tiene su prohibición. Cuando la des-

aparición forzada alcanza la categoría de crimen contra la Humanidad tal principio resulta incuestionable. El derecho internacional prohíbe claramente la imposición de limitaciones temporales a la investigación de tales conductas y al enjuiciamiento de sus responsables.

No obstante, en caso de haber plazos de prescripción, éstos solo empezarían a contar a partir del momento en que cesa el crimen, es decir, desde que se hubiera esclarecido lo sucedido, establecido la suerte de la persona desaparecida o localizado o identificado los restos —de manera que no haya duda al respecto. Así, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Observación General sobre una correcta interpretación del artículo 18 de la Declaración ha concluido que las siguientes medidas podrían considerarse contrarias a la misma:

- «a) Disponer prescripciones en breve plazo o aun cuando se siga cometiendo el delito de desaparición, dada la naturaleza permanente del delito, en violación de los artículos 4 y 17 de la Declaración;
- b) Disponer cualquier prescripción, dado que la práctica de la desaparición constituye un delito de lesa humanidad; (...)».

Pero es más, el artículo 8.2 de la Convención establece que se garantizará un recurso eficaz durante el plazo de prescripción pues, de acuerdo a principios generales del derecho, mientras las víctimas o sus familiares no cuenten con tales recursos no podrá empezar a computarse prescripción alguna. Es por ello que no se incurre en atentado al principio de irretroactividad de la ley penal. Tal y como ha dicho el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, «(...) resalta el carácter permanente y continuado del delito de desaparición forzada, de forma tal que debiera aplicarse a las desapariciones forzadas que comenzaron a cometerse incluso antes de la entrada en vigor de la norma respectiva, con lo que no se incurre en un atentado al principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del presunto responsable. En tal virtud, en estricto rigor jurídico internacional, las desapariciones

forzadas que aún no han sido esclarecidas se siguen cometiendo en la actualidad por lo que se trata de un delito continuado y no un asunto del pasado».

El derecho internacional consuetudinario contiene disposiciones de carácter obligatorio, como ciertas previsiones de la Declaración de 1992, que incluye de forma explícita que los autores o presuntos autores de actos de desaparición forzada no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. De las disposiciones de la Convención que regulan el derecho a un recurso eficaz, el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, la obligación de investigar de forma exhaustiva e imparcial «hasta establecer la suerte de la persona desaparecida» así como la prohibición de actos que obstaculicen el desarrollo de tales investigaciones, queda igualmente patente la imposibilidad de aplicación de ninguna norma de amnistía.

El Comité de Derechos Humanos, al examinar las amnistías adoptadas por Estados partes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha concluido que tales leyes constituían una violación de la obligación contenida en el artículo 2 del Pacto. La Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía española no es un caso diferente.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución 2006/81, sobre la cuestión de la impunidad, aprobada el 21 de abril de 2005 estimaba que: «no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, encarece a los Estados que tomen medidas conformes con las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional y acoge con satisfacción la supresión o la anulación de la amnistía y otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas, y reconoce también la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca

pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad o por infracciones graves de los derechos humanos».

De gran importancia es la Observación General del artículo 18 de la Declaración realizada por el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias: «Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración, aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos:

a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración; (...)

e) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes (...).

En resumen, el derecho internacional impone a los Estados —y, por consiguiente el Estado español no puede ser una excepción— la obligación de investigar y perseguir los crímenes de derecho internacional y las graves violaciones a los derechos humanos, enjuiciar a las personas responsables de haber cometido tales crímenes, así como de cooperar en la identificación, detención y castigo de las mismas. Siempre que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, una autoridad estatal competente e independiente deberá iniciar una investigación judicial que no podrá ser obstaculizada de manera alguna. Las víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos y crímenes de derecho internacional deberán disponer de un recurso judicial rápido y eficaz para poder denunciar los hechos delictivos. Los efectos legales que se derivan de la condición de crímenes de derecho internacional que ostentan tanto la desaparición forzada y los crímenes contra la Humanidad —así como la jerarquía de *ius cogens* que tiene la prohibición de tales conductas— son, entre otros, la imprescriptibilidad de la acción penal y la prohibición de aplicar amnistías, indultos

—y de otra medida de similares efectos— a las personas responsables de tales conductas, hasta tanto se haya celebrado un proceso judicial independiente e imparcial en que se haya dilucidado plenamente la verdad de los hechos y dirimido las responsabilidades penales correspondientes. España, como ningún otro Estado, puede pretender disponer a su arreglo de lo que son normas imperativas (*ius cogens*).

4.2 Respuesta de las autoridades españolas frente al deber de investigar, juzgar y sancionar y respecto de los derechos de las víctimas

En virtud del derecho internacional, las acciones a cargo del Estado deben ponerse en marcha siempre que haya motivos razonables sobre crímenes de derecho internacional, y en concreto desaparición forzada de personas.

El Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, está llamado a conocer y aplicar la legalidad internacional que forma parte del ordenamiento jurídico español. Amnistía Internacional ha expresado que es impropio de tal función oponerse a la obligación internacional de investigar hechos que pudieran ser constitutivos de crímenes internacionales y socavar los derechos de las víctimas. De acuerdo con las Directrices de Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales, éstos desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida su iniciación. Desde luego, no ha sido éste el proceder seguido por el Ministerio Fiscal en el proceso abierto por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 (diligencias previas 399/2006, transformadas en sumario 53/08), sino más bien el contrario ya que en sus informes el Ministerio Fiscal se opuso sistemáticamente al ejercicio de la jurisdicción española tendente a la investigación de los graves delitos de derecho internacional denunciados bajo argumentos de distinto orden todos ellos destinados a poner fin a la investigación iniciada.

Difícilmente podrá el Ministerio Fiscal ejercer el rol de garante de los derechos de los ciudadanos —a obtener justicia y reparación— y a

satisfacer los intereses de la sociedad —que no queden impunes los responsables de delitos graves de derecho internacional— si en sus actuaciones promueve argumentos (a saber, la irretroactividad de la ley penal, la prescripción de los delitos y la aplicación de la ley de amnistía) e interpretaciones de las leyes que impiden investigar graves violaciones a los derechos humanos y que llevan a perpetuar mecanismos de impunidad, obviando y quebrantando el derecho internacional.

Amnistía Internacional ha declarado que si la interpretación que se hiciera por los tribunales de justicia españoles concluyera en la imposibilidad de someter a proceso a una persona por una conducta que fuere considerada por el derecho internacional como delito o crimen al tiempo de su comisión, y la misma no se hallara tipificada y penalizada en su Código Penal en aquel momento, tal omisión o defecto no debería poder constituir un obstáculo para la persecución de tal conducta. Si tal fuera el caso, impidiéndose la realización del proceso, por ejemplo, invocando como obstáculo el hecho de que la ley española no tipificaba como tal la conducta (desapariciones forzadas o crímenes contra la humanidad, cuya prohibición está basada en una norma de *ius cogens*) al tiempo de su comisión, España contravendría sus obligaciones convencionales bajo el derecho internacional.

De todos modos, cabe resaltar que el debate sobre la interpretación del principio de legalidad no está aún definitivamente cerrado en España. Si bien en el caso Scilingo, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso del acusado argumentando que los delitos de lesa humanidad no estaban tipificados en el Código Penal al tiempo de su comisión, por el contrario, en el caso del campo de concentración de Mauthausen, el juez de instrucción, en el auto de admisión a trámite afirmó que: «El principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales tales como los crímenes contra la humanidad no es el interno, sino el internacional, contenido en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (...). El CP vigente puede aplicarse retrospectiva-

mente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificados en el CP español (...). El crimen de lesa humanidad (prohibida por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal».

El Ministerio Fiscal argumenta que las desapariciones forzadas cesaron hace tiempo por ser público y notorio que las víctimas fueron ejecutadas y por tanto se trata de delitos de asesinato que ya han prescrito. Esta interpretación hace total abstracción del artículo 17 de la Declaración de 1992. El hecho de que las «detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima» concluyeran con la ejecución de la persona detenida, por mucho que fuera un hecho notorio y público, no cambia en absoluto la calificación del delito como un acto de desaparición forzada, que constituye un delito permanente, lo que significa que la violación se prolonga en el tiempo y no concluye hasta que sea determinado el paradero de las personas desaparecidas o debidamente localizados o identificados los restos. El Estado está obligado a llevar a cabo las investigaciones —en sede judicial— necesarias para determinar estos hechos. Esto es precisamente lo que se les niega a las víctimas. Y, en todo caso, no se trataría de un delito común —como afirma el Ministerio Fiscal— sino uno (asesinato) constitutivo de un crimen contra la humanidad. Es adicionalmente abusivo afirmar prescripción o limitaciones de orden temporal cuando las víctimas han sido privadas de recursos efectivos por décadas, condición que en el caso de España ha sido el auténtico hecho público y notorio.

Por otra parte, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía es una ley preconstitucional que choca con disposiciones de la Constitución española de 1978. Pero lo que es más grave, infringe normas internacio-

nales vinculantes para el Estado español tanto en el momento de promulgarse como hoy en día, entre ellas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Ley de Amnistía, se dictó, según su texto, para extinguir la responsabilidad penal por los delitos de intencionalidad política. Así, al describir los actos sobre los cuales las autoridades judiciales pueden aplicar la amnistía, la Ley asumió que había limitaciones en razón de la naturaleza de los delitos («siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas»), reflejando tal exclusión el reconocimiento de que hay actos que no pueden quedar impunes. No hay que olvidar que en base al derecho internacional los crímenes de derecho internacional no pueden ser considerados como delitos políticos o conexos a ellos (llámese «actos de intencionalidad política»). Al defender la aplicación de la amnistía y considerar que las conductas que dieron lugar a las desapariciones forzadas pueden ser tratadas como de «intencionalidad política», el Ministerio Fiscal sin duda alguna está contraviniendo derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional y/u obligaciones que éste impone, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado español. Amnistía Internacional ha llamado a la atención del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias su preocupación de que el caso español pudiera crear un peligroso precedente sobre el valor y el alcance de las leyes de amnistía en términos que aseguren la impunidad de los autores de crímenes de derecho internacional.

Cabe recordar la Instrucción 8/2005, de 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal dictada por la propia Fiscalía General del Estado. En ella se dice que el proceso penal ha de ser contemplado, «como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial que la víctima ha recibido por el hecho delictivo. Reparación que no puede ser fuente de más daños para la víctima tratando de evitar una victimización secundaria. (...)

Protección y atención con respecto a su dignidad, a su derecho a declarar, y a ser informada, a comprender y a ser comprendida, a ser protegida» y que «la víctima de cualquier delito, y especialmente las más vulnerables, tienen derecho a ser informadas con claridad, con lenguaje accesible, de sus derechos, de lo que pueden o no esperar, dónde acudir en su caso (...) a saber, en definitiva, cuál es la respuesta prevista por el ordenamiento, y encomendada especialmente al Ministerio Fiscal, en defensa de sus intereses».

Estas víctimas que continúan encontrando obstáculos no tienen menos derechos que cualquier otra víctima a disponer de protección judicial efectiva, en pie de igualdad, nada más pero tampoco nada menos.

Por su parte, el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2008 pone de manifiesto una clara ignorancia del derecho internacional, incurriendo en una serie de incongruencias. El Tribunal tenía la obligación de proteger a las víctimas e impartir justicia. Según los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, se debe «garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal», así como que un juez «cumplirá sus obligaciones judiciales con la apropiada consideración para todas las personas» y «desempeñará todas sus obligaciones judiciales, incluida la emisión de decisiones reservadas, de forma eficaz, justa y con una rapidez razonable».

Según la Sala, su resolución no pretende «prejuizar el carácter delictivo o no de los hechos denunciados». No obstante, lo cierto es que para declarar la incompetencia del juez instructor necesariamente abordó cuestiones que son de fondo, como la calificación jurídica. Por contra, como señala el voto particular discrepante, el objeto del proceso está en constante evolución y se determina de forma progresiva en la fase de instrucción, con carácter provisional, hasta el auto de procesamiento. Así pues, ya que la Sala entró en cuestiones de fondo —y a pesar de no ser el procedimiento adecuado y oportuno— el caso es que tuvo inmejorable oportunidad para haberse pronunciado respecto de los temas

controvertidos aducidos por el Ministerio Fiscal. Al evitar pronunciarse sobre los mismos, se pone de relieve la incomodidad para el propio Tribunal de tener que aclarar si pueden o no aplicarse tales mecanismos de impunidad. En este sentido, los argumentos contenidos en el voto particular discrepante de tres de los magistrados de la Sala son verdaderamente de mayor peso y audacia, los que hubieran sido de esperar del Pleno de la Sala, y respetuosos con el derecho internacional.

Es importante valorar una solución en derecho comparado, en línea de lo adelantado en el voto particular discrepante: «la incompetencia material de un órgano con jurisdicción que no causa indefensión es una mera irregularidad procesal que no puede generar la nulidad radical de lo actuado» y que al no haber «peligro que neutralizar, las actuaciones podían validarse» así como que «la excepcionalidad conmueve todas las instituciones procesales que conocemos», procurando «interpretaciones que reduzcan los márgenes de apreciación subjetiva (...) y verificar una aplicación de las reglas de competencia favorable a la mayor efectividad de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico internacional».

De tal modo, el Tribunal Constitucional de Perú en casos donde se había alegado la violación de un derecho fundamental de orden procesal estimó que:

- «toda pretensión que cuestione la regularidad de un proceso judicial requiere, necesariamente, la admisión a trámite de la demanda (...) así como la actuación de todos los medios probatorios que coadyuven a verificar la regularidad de la actuación jurisdiccional (...)» y «expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la controversia era de notoria trascendencia nacional y, por tanto, de alcances que trascendían el caso concreto»;
- «(...) después de reconocerse que el Estado peruano, había «(...) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (...) la obligación del Estado de investigar los hechos

y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados (...) no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía (...) sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre los cuales se encuentran resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor de los recurrentes»;

- «(...) dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos (...) por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines los procesos»; y
- «en aplicación del principio pro accione que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción (...)».

En resumen, los tribunales deben cumplir con las obligaciones internacionales del Estado, que en el marco de su competencia les incumbe. A su vez, deben garantizar los derechos de las víctimas de tales violaciones a la justicia y a un recurso efectivo. Una actuación de un tribunal que contrariase la obligación de investigar sería una denegación de justicia y una violación de las obligaciones internacionales del Estado, comprometiendo la responsabilidad internacional de éste. La aplicación de interpretaciones o leyes incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado y que viola los derechos humanos constituye una contravención de tales obligaciones. Cabe recordar que los Estados responden unitariamente por los actos de los poderes públicos.

5. Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos al Estado español

España es uno de los países a los que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha tenido que recordar que no se pueden invocar

amnistías ni alegar prescripciones respecto a crímenes de derecho internacional. El 31 de octubre de 2008, el Comité de Derechos Humanos publicaba el proyecto de observaciones finales al quinto informe periódico de España en el que recomendaba a las autoridades españolas cumplir con sus obligaciones internacionales, en calidad de Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité mostró su preocupación por el mantenimiento aún en vigor de la Ley de Amnistía de 1977 y recordó que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, señalando a la atención del Estado Parte sus observaciones generales N° 20 —según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto— y N° 31 —sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto.

El Comité, aunque acoge con satisfacción la Ley N° 52/2007, de «Memoria Histórica» que prevé una reparación para las víctimas de la dictadura, «observa con preocupación las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas».

El Comité estableció que el Estado parte debe:

- a) considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977;
- b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales;
- c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura, y
- d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas».

Dado que la ley penal española ya contempla que los delitos de lesa humanidad no prescribirán en ningún caso, tal observación del Comité no puede significar otra cosa que la adopción de la medida legislativa

pertinente para que los Tribunales españoles puedan aplicar la imprescriptibilidad en forma retroactiva para los crímenes de derecho internacional «cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido».

Asimismo, en el Plan de Derechos Humanos figura el compromiso de llevar a cabo la firma y ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Al respecto, Amnistía Internacional ha exhortado a las autoridades españolas a que hagan realidad dicho compromiso con prontitud e incorporen en el derecho interno dicha Convención sin añadir ninguna reserva o declaración interpretativa que pudiera desvirtuar el alcance de la misma.

En lo que respecta a la creación de una «comisión de la verdad», cabe recordar que una de las medidas adoptadas por el juez instructor en el auto de 16 de octubre de 2008 fue la de «formar un grupo de expertos en número, forma y con las competencias marcadas en el razonamiento jurídico decimosexto», medida no obstante que ha quedado sin efecto al haber sido declarado nulo lo actuado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 a raíz del auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 4 de diciembre de 2008.

Sorprende cuando menos el lenguaje y la agresividad con la que el Gobierno español ha procedido a responder al Comité de Derechos Humanos mediante escrito de 8 de enero de 2009. Y ello a pesar del compromiso adquirido tan sólo un mes antes en el Plan de Derechos Humanos de 12 diciembre de 2008 de adoptar un «Protocolo de actuación para dar cumplimiento a los Dictámenes y Recomendaciones de los distintos Comités de protección de los Derechos Humanos». Así, el Gobierno comienza manifestando que, «se sorprende de que el Comité, como debería ser de rigor, no reitere que España cumple las obligaciones que le impone el Pacto y que avanza en la promoción y respeto de los derechos humanos».

Para empezar, cabe recordar que en virtud del artículo 40 del Pacto, los Estados tienen la obligación de proveer información detallada

al Comité cada cuatro años sobre la manera en que se ejercitan los derechos contemplados en el Pacto. El cuarto informe examinado por el Comité fue en 1996. Así pues, España ha dado finalmente cumplimiento a una de sus obligaciones convencionales con la presentación del quinto informe periódico tras más de 12 años respecto del último sometido a examen —e incumpliendo su deber en 2 ocasiones. Es por ello que el Comité también ha observado con preocupación la ausencia de información sobre las medidas concretas tomadas por España para dar seguimiento a sus dictámenes conforme al Protocolo Facultativo del Pacto.

Asimismo, el Gobierno ha declarado que, «El Estado español no acierta a ver en qué medida entran dichas recomendaciones [del punto 9] dentro del mandato del Comité».

El Gobierno español parece desconocer que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el tratado rector en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos. El Pacto establece aquellos derechos absolutos o inderogables incluso en tiempos de guerra o de emergencia así como los límites que deben cumplir los Estados si quieren suspender temporalmente aquellos derechos que no lo son. El Comité, es por tanto, el órgano que deberá supervisar la aplicación del Pacto por los Estados Partes.

Respecto de las recomendaciones específicas del párrafo 9, el Gobierno español ha dicho que, «El Estado español también quisiera resaltar que el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es concedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley. Por estos motivos, el

Estado español lamenta la inclusión de este punto en las observaciones del Comité, considerando que se han cometido disfunciones procesales en términos de (...) determinación de los hechos (desconocimiento del origen y significación social de la Ley de Amnistía)».

Como hemos analizado y explicado en los epígrafes 4 y 4.1 anteriores, para el derecho internacional, cualquier Estado que busca establecer la lógica del olvido estableciendo o manteniendo mecanismos de impunidad respecto a crímenes de derecho internacional, como las leyes de amnistía, se coloca fuera de la legalidad reconocida internacionalmente —que además forma parte del ordenamiento jurídico interno. El Gobierno desconoce por completo este extremo así como lo declarado por el mecanismo internacional relevante en la materia, como lo es el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, «se considerará que una ley de amnistía es contraria a las Disposiciones de la Declaración, aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar».

Por último, en cuanto a la recomendación relativa a la indemnización de las víctimas, cabe tener en cuenta el reciente rechazo por parte del Senado el 11 de marzo de 2009 a la proposición de ley de modificación de la Ley de Memoria Histórica para que fuera el Gobierno el que asumiera las tareas de localización, exhumación, e identificación de restos, en lugar de «colaborar» o «facilitar» estas labores como establece dicha ley.

6. Conclusión

Según el principio *pacta sunt servanda*, los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que dimanen de ellos. Este principio general del derecho internacional tiene como corolario que los Estados no pueden alegar sus normas internas para socavar o sustraerse a sus obligaciones internacionales. Así pues, los Estados tienen el deber de adaptar y ajustar su derecho nacional a las exigencias

del derecho internacional para asegurar la plena y efectiva aplicación de tales normas y cumplir con las obligaciones contraídas en virtud del mismo.

La lucha contra la impunidad es un ámbito delicado y de gran resistencia por parte de Estados que apelan al olvido como forma de reconciliación. No hay reconciliación sin verdad, justicia y reparación, los tres pilares sobre los que asentar el Estado de Derecho, incompatible con la impunidad.

LA PROLONGADA AUSENCIA DE UNA «INVESTIGACIÓN
OFICIAL» EN EL CASO DE LOS DESAPARECIDOS DEL
FRANQUISMO COMO VIOLACIÓN AUTÓNOMA DEL
«DERECHO A LA VIDA FAMILIAR»
Y «TRATO INHUMANO» A SUS FAMILIARES

NUEVAS PERSPECTIVAS DE TUTELA DE «LAS OTRAS VÍCTIMAS»
A LA LUZ DEL CASO SREBRENICA¹

MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ ARIAS
Instituto de Derecho penal Europeo
e Internacional
Universidad de Castilla-La Mancha

10.2. Los miembros de la familia de las personas desaparecidas deben ser reconocidos como víctimas independientes de la desaparición forzada y les debe ser garantizado el «derecho a la verdad», es decir, el derecho a ser informado del destino de los familiares desaparecidos.

RESOLUCIÓN 1463 DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA
DE 3 DE OCTUBRE DE 2005 SOBRE LA CUESTIÓN DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS
(25ª SESIÓN).

¹ Texto íntegro del artículo con el mismo título en publicación en la *Revista de Jueces para la Democracia*. Esta investigación queda dedicada al magisterio de Luis Arroyo Zapatero y Rosario de Vicente Martínez, *conditio sine qua non* en lo universitario para su existencia; junto a ellos es obligada la mención y el agradecimiento a Marina Gascón Abellán y Perfecto Andrés Ibáñez *cooperadores necesarios* de la acogida de toda esta línea de investigación contra la impunidad en *Jueces para la Democracia* desde el primer momento así como, especialmente, el agradecimiento a Ramón Sáez Valcárcel, siempre generosamente disponible para el intercambio de ideas durante la gestación de este trabajo. Como siempre, por encima de cualquier otro agradecimiento personal, este artículo debe ir dedicado a los defensores de nuestra República y a sus familias, aún a la espera de «Verdad, Justicia y Reparación».

Srebrenica es también el nombre de un síndrome postraumático, el síndrome experimentado por las mujeres, niños y ancianos que no murieron y que, desde julio de 1995, hace ya seis años, no tienen noticia de sus maridos, hijos, padres, hermanos, tíos o abuelos. Millares de vidas que, seis años después, continúan mutiladas, privadas del afecto y el amor de sus seres queridos, los cuales han quedado convertidos en meros fantasmas que regresan para rondarlas día tras día, noche tras noche.

ALMIRO RODRÍGUEZ, JUICIO AL GENERAL SERBIO RADISLAV KRSTIĆ.

I. De la originaria responsabilidad de la dictadura por la violación de los derechos de los desaparecidos a la adicional esfera de responsabilidad por la tolerancia de la violación continuada de los derechos de sus familias: la doble sustanciación del caso Srebrenica.

a) Desaparecidos y familiares como víctimas del crimen de desaparición forzada y de la posterior omisión del Estado.

Ampliamente analizadas ya, en otro lugar², las implicaciones para los propios desaparecidos de la ausencia de una *investigación oficial*

² Me remito así a mis recientes trabajos RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2007): «Las fosas de Franco y la *diligencia debida* del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: *Revista de Jueces para la Democracia*, n. 60, noviembre 2007, págs. 70-89; así como el más reciente «La nueva ley <<de la memoria>> y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo», en: *Revista de Jueces para la Democracia*, n. 63, noviembre 2008, págs. 68-85, donde quedarán de manifiesto las distintas insuficiencias del modelo seguido por la ley de la memoria en su artículo 13 que básicamente vendrá a reproducir los planteamientos de la Orden de 1 de Mayo de 1940 «sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres asesinados por los rojos» (BOE n. 130, de 09 de mayo de 1940) y que «delegará» la actividad de localización, exhumación e identificación de los desaparecidos en asociaciones y familiares en contradicción con los deberes de «investigación oficial efectiva e independiente» derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como han sido recientemente reafirmados en distintos posicionamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de distintos casos de fosas comunes halladas en Chechenia.

efectiva e independiente por parte de las autoridades españolas —sea en los términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos como, más ampliamente, a la luz del principio de diligencia debida del Estado sucesivamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— y precedido todo ello por las recientes actuaciones de la Audiencia Nacional en cuanto a la responsabilidad penal individual por los hechos materiales originarios que dieron lugar a la desaparición³, ha venido quedando en un segundo plano de atención la concreta situación jurídica de los familiares: como propias víctimas simultáneas, autónomamente consideradas, de la desaparición forzada de sus seres queridos.

Esto es, como propios sujetos pasivos, hondamente afectados en sus derechos fundamentales por la misma perpetración del crimen y la subsiguiente perpetuación de sus efectos en el tiempo debido a la posterior evolución de los acontecimientos, particularmente a la luz de la concreta actuación de las altas autoridades del Estado.

Así, la cuestión de la paralela, adicional, violación autónoma de los derechos de los familiares de los desaparecidos, continua resultando un aspecto jurídico habitualmente poco atendido pero que, a decir verdad, ha venido experimentado una firme evolución en las últimas décadas en el plano internacional, desde resoluciones históricas como la *Quinteros Almeida contra Uruguay* en sede del Comité de Derechos Humanos⁴, o la sentencia *Bámaca Velásquez contra Guatemala* de la Corte Inte-

³ Junto a los propios autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008, y para una visión de conjunto, véanse los comentarios de CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2008): «La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo (Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008)», en: *Revista la ley*, n. 7102, págs. 1-7; respecto el denominado caso de los niños perdidos del franquismo véase así mismo, más detenidamente, mi estudio monográfico RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

⁴ *María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay*, Communication No. 107/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990).

americana de Derechos Humanos⁵, o el caso Kurt contra Turquía de nuestro propio Tribunal Europeo⁶.

Y ello al mismo tiempo que instituciones como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa —en su Resolución de 3 de octubre de 2005— señalaría han reconocido a este respecto cómo: 10.2. Los miembros de la familia de las personas desaparecidas deben ser reconocidos como víctimas independientes de la desaparición forzada y les debe ser garantizado el «derecho a la verdad», es decir, el derecho a ser informado del destino de los familiares desaparecidos⁷.

O tal y como apuntará el artículo 24 de la nueva *Convención Internacional contra las Desapariciones forzadas*:

«1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por «víctima» la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.

3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos»⁸.

(...)

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000; así como la sentencia de reparaciones de la misma Corte de 22 de febrero de 2002.

⁶ *Kurt contra Turquía*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1998.

⁷ Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25ª sesión).

⁸ Nueva Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por unanimidad de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Diciembre de 2006; Como ya hemos anticipado en la cita introductoria de este estudio, en idéntico sentido se pronunciará el punto 10.2 de la resolución 1436 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la

6. Sin perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, cada Estado Parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad.

Así, sintéticamente, y como ya tuve ocasión de señalar⁹, *debe darse alguna forma de investigación oficial efectiva cuando ha habido individuos asesinados como resultado del uso de la fuerza*¹⁰; y, en todo caso, *las autoridades deben actuar de propia iniciativa una vez la cuestión haya sido suscitada a su atención*¹¹: *El mero hecho de que las autoridades*

cuestión de las desapariciones forzadas (25ª sesión); recuérdense así mismo los valiosos votos particulares al respecto de CANCADO TRINDADE y GARCÍA RAMÍREZ, en *Bámaca Velásquez contra Guatemala*; vid. *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000; así como la sentencia de reparaciones de la misma Corte de 22 de febrero de 2002.

⁹ Vid. «La nueva ley <<de la memoria>> y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo (...)», *ob cit.*

¹⁰ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de mayo de 2001, párr. 94; Y en *Ogur contra Turquía* se hablará, más exactamente, del concepto de «*effective investigations capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the events in question*», Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo 5 de 1999, párr. 93; O como señalará igualmente el Alto Tribunal de forma gráfica y contundente ante la actitud de las autoridades en *Gongadze contra Ucrania*, al apreciar la violación del artículo segundo del Convenio Europeo en su vertiente procesal: «*The Court considers that the facts of the present case show that during the investigation, until December 2004, the State authorities were more preoccupied with proving the lack of involvement of high-level State officials in the case than by discovering the truth about the circumstances of the disappearance and death of the applicant's husband*», *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2006, párr. 179.

¹¹ Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 1999, párr. 90; En el mismo sentido se pronunciaría el fallo *Tas contra Turquía Tas contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2000, párr.71.

*sean informadas del asesinato de un individuo da lugar, ipso facto, a la obligación, bajo el artículo 2 de la Convención, a llevar a cabo una investigación efectiva acerca de las circunstancias que rodearon la muerte (...) dicha obligación resulta igualmente aplicable en casos en los que una persona ha desaparecido en circunstancias que puedan ser consideradas como de temor por su vida. A este respecto, debe ser aceptado que cuanto más tiempo pase sin noticia alguna por parte de la persona que ha desaparecido, mayor resulta la probabilidad de que él o ella han muerto*¹².

O recordando lo señalado con particular contundencia en *Kelly contra el Reino Unido: (las autoridades) no pueden dejar esta cuestión a la iniciativa de los parientes para plantear una denuncia oficial o asumir la responsabilidad por el impulso de cualesquiera procedimientos de investigación*¹³.

De hecho, no siendo tampoco ésta, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una cuestión únicamente relativa a la existencia de una regulación *teóricamente* adecuada en el orden doméstico sino a su efectiva aplicación, cabiendo reconocer así como en *Taniş y otros contra Turquía*, se entenderán igualmente violadas las obligaciones de investigación oficial y efectiva en un caso en el que el Tribunal llegará a reconocer una clara apatía y abstención, por parte de las fuerzas policiales,

¹² *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 67 y 69; De hecho, y como se puntualizará así mismo en *Seker contra Turquía*, «This obligation is not confined to cases where it has been established that the killing was caused by an agent of the State», Idem, párr. 67; O como se precisará por su parte en *Tashin Acar contra Turquía* «Such investigations should take place in every case of a killing resulting from the use of force, regardless of whether the alleged perpetrators are State agents or third persons. However, where an involvement of State agents or bodies is alleged, specific requirements as to the effectiveness of investigation may apply», *Tashin Acar contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2004, párr. 220.

¹³ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, ob cit, párr. 94.

*en el uso de los mecanismos teóricamente adecuados para desarrollar la investigación*¹⁴.

¹⁴ Como sera señalado en *Taniş y otros contra Turquía*: «It follows that the authorities have failed to set in motion the machinery which in theory would be adequate to investigate the disappearance of Serdar Taniş and Ebubekir Deniz», *Taniş y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de noviembre de 2005, párr. 209; De este modo, y entre otras características que ha de reunir la investigación oficial llevada a cabo por las autoridades del Estado, nos cabrá recordar las siguientes cinco notas esenciales, definitorias del umbral de diligencia debida establecido por la jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo conforme se sintetizará en *Kelly y otros contra el Reino Unido*: a) que sea capaz de llevar a determinar si el uso de la fuerza usada en el caso fue, o no, justificada por las circunstancias; b) a la identificación y castigo de sus responsables. Ello no es una obligación de resultado sino de actividad; c) las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para el aseguramiento de las evidencias relativas al incidente, incluidas, *iter alia*, los testimonios de testigos oculares, evidencias forenses, y donde ello resulte apropiado una autopsia que suministre un completo y riguroso expediente de las lesiones y un análisis objetivo de los hallazgos clínicos, incluida la causa de la muerte (...) toda deficiencia en la investigación que socave su capacidad para establecer la causa de la muerte o la persona responsable arriesgará la apreciación de su insuficiencia bajo un tal estándar; d) Un requerimiento de prontitud y expedición razonable resulta implícito en un tal contexto (...) debe ser aceptado que podrá haber obstáculos o dificultades que traben el progreso en una investigación en una determinada situación. En todo caso, una pronta respuesta por parte de las autoridades en la investigación del uso de la fuerza letal será habitualmente contemplado como esencial en el mantenimiento de la confianza de la ciudadanía en su adhesión al Estado de derecho y en la prevención de toda apariencia de colusión o tolerancia con actos ilegales; e) Por la misma razón, debe darse un suficiente grado de control público de la investigación o sus resultados para asegurar la exigencia de responsabilidades en la práctica tanto como en la teoría. El grado de control público requerido es susceptible de cambiar de caso a caso. En todos los casos, sin embargo, los parientes cercanos a la víctima deben ser tomados en cuenta en el procedimiento en la medida necesaria en que ello resulte preciso para salvaguardar sus legítimos intereses, *Kelly y otros contra el Reino Unido*, *ob cit*, párrs. 96, 97, 98; Y así, cuestión distinta a la previsión de un régimen administrativo para tales prácticas auto exhumatorias de los muertos «de la familia», será igualmente la observancia de que una investigación efectiva llevada a cabo por las autoridades conlleve el lógico deber de suministrar información y documentos a los familiares sobre el curso de la misma, de modo que no quede impedida la posibilidad de ejercicio de sus derechos como ha sido reconocido en casos como *Kişmir contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005, párr. 119 y 121; o *Koku contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2005, párr. 157, *vid así mismo* el párr 143, en relación a la pasividad mostrada por la fiscalía, y, más detenidamente los párr, 153-161; Basta con tomar conciencia del mismo hecho de

Es por todo ello que *si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción*¹⁵.

Incluidos, por tanto entre éstas, a los familiares de los desaparecidos.

Más aún cuando —parafraseando lo igualmente reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— la desaparición forzada «implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana», de modo que la mera persistencia de tales situaciones supone «el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos»¹⁶; Y todavía —con especial relevancia en cuanto a los deberes de búsqueda de los desaparecidos por parte de las propias instituciones gubernamentales y no desde el ámbito familiar o de organizaciones sociales— : En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar también será, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad

que la inspección de la fosa común —principal fuente de evidencias en estos casos— no sólo no esté siendo llevado por la policía judicial, sino que los elementos probatorios y restos mortales están siendo recopilados por familiares de las propias víctimas —con la consiguiente «contaminación» probatoria y merma de su eficacia procesal—; de la criticable falta de comunicación de la fiscalía de la Audiencia Nacional a los abogados de las familias respecto alguna de sus actuaciones, de las que en ocasiones han tenido conocimiento por la prensa; de los treinta años de Constitución transcurridos —veintinueve desde la ratificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos—.

¹⁵ Haciendo nuestra las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su histórica sentencia ante el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* en materia de *diligencia debida* del Estado, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 176; vid. más ampliamente su estudio en, *Las Fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada*, *ob cit.*

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, *ob cit.*, párr. 158.

condenada de antemano a ser infructuosa. *Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*¹⁷.

b) Carácter autónomo y continuado de la adicional violación de los derechos humanos de los familiares de los desaparecidos, al margen de la sustanciación penal de las propias desapariciones: el espejo de Srebrenica.

Nada de ello habrá de resultarnos ajeno, tampoco, a la luz de la experiencia comparada internacional del conocido caso de las fosas comunes de Srebrenica relativo a la desaparición forzada de entre 7000 y 8000 bosnios musulmanes a manos de tropas serbias en el contexto de la guerra civil de la antigua Yugoslavia y que, precisamente, resultaría objeto de un doble abordaje.

De un lado ante la Corte penal para la Antigua Yugoslavia en términos de responsabilidad penal individual de los autores materiales de los crímenes —esencialmente en los casos *Prosecutor v Drazen Erdemovic*¹⁸, *Prosecutor v Ladislav Kristic*¹⁹ y *Prosecutor v Blagojevic and Jokic*²⁰—.

De otro, de un paralelo abordaje, al margen de dicha esfera de responsabilidad penal individual, ante la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina, como nos muestra el caso *Selimovic y otros contra la República Serbia*²¹, en tanto que órgano *ad hoc* de derechos humanos surgido de los acuerdos de paz de Dayton de 21 de Noviembre de 1995

¹⁷ *Caso Velásquez Rodríguez*, *ob cit.* párr. 177, cursivas propias.

¹⁸ *Prosecutor v Drazen Erdemovic*, N° IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996 y sentencia de apelación de 7 de octubre de 1997.

¹⁹ *Prosecutor v Ladislav Kristic*, N° IT-98-33-T, sentencia de 2 de agosto de 2001.

²⁰ *Prosecutor v Blagojevic and Jokic*, N° IT-02-60, sentencia de 17 de enero de 2005.

²¹ *Caso Selimovic y otros contra la República Serbia*, decisión de 7 de Marzo de 2003 de la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia Herzegovina.

encargado de dar aplicación del Convenio Europeo y donde se entraría a conocer ya la adicional violación de los artículos 3 y 8 del mismo —trato inhumano y violación del derecho a la vida privada y familiar— respecto los familiares de los desaparecidos de *Srebrenica* y en virtud de la misma jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vinculante para España. De ahí su especial interés aplicativo para nuestro propio caso. Más aún cuando también en dicho caso arrancará de la superación de las alegaciones de problemas aplicativos, *ratione temporis* (igualmente presentes en nuestro propio caso español) al haberse producido la originaria perpetración de las desapariciones con anterioridad al 14 de Diciembre de 1995 —fecha de firma en París y definitiva entrada en vigor de tales acuerdos de paz—; objeciones aplicativos éstas que serán salvadas, precisamente, en virtud del específico *carácter permanente* del crimen de desaparición forzada, determinante de la proyección de la paralela violación de tales derechos humanos de los familiares más allá de la fecha del inicio de la desaparición y de la misma entrada en vigor de los posteriores acuerdos de paz, quedando salvaguardada, por tanto, la consiguiente competencia de dicho nuevo organismo para su tutela —la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina— que condenaría así la actuación posterior de las autoridades de la República Serbia, estableciendo la responsabilidad internacional del Estado.

No hay contradicción a este respecto en cuanto al consenso básico internacional existente. Sea la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso *Blake*²², como la jurisprudencia

²² Caso *Chapman Blake contra Guatemala*, pronunciamiento de 2 de julio de 1996 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De hecho dicha interpretación restrictiva, excluyendo la valoración de las responsabilidades por la propia desaparición, contravendrá los propios posicionamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que no establecerá diferencia alguna, dando lugar, así mismo, a los contundentes votos disidentes contra una tal «separación artificial» por parte de CAÑADO TRINDADE y VENTURA ROBLES, el primero de los cuales considerará rígidos los postulados *ratione temporis* del derecho de los tratados respecto de su aplicación en este tipo de delito: «al

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso *Chipre contra Turquía* —recientemente reiterada en el caso *Varnava y otros contra Turquía*—²³, sea el posicionamiento del Comité de Derechos Huma-

admitirse el examen de la desaparición forzada entre marzo de 1987 (fecha de la aceptación de la competencia de la Corte por parte de Guatemala) y junio de 1992, se relegan a un segundo plano los hechos que desencadenaron precisamente la desaparición forzada, como lo son la detención ilegal y la muerte, ocurridos en 1985», de modo que esta decisión introducirá lo que el juez denominará como «separaciones artificiales entre los múltiples elementos que lo componen [al delito de la desaparición forzada de personas]», y en este caso implica el «(...) desvincular el examen de la detención y muerte de una persona de la consideración de presuntas violaciones adicionales y continuadas de derechos conexos». Para una recapitulación de un tal reiterado posicionamiento de CANÇADO TRINDADE, justamente con ocasión de desarrollo de la antedicha línea jurisprudencial, véase el apdo. «III. La Subsistencia de la Responsabilidad Estatal ante la Jurisdicción Autolimitada de la Corte», párr. 43-50, de su voto disidente a la reciente sentencia Serrano Cruz contra Salvador; en el mismo sentido disidente y en el mismo caso Serrano Cruz al no entrarse a pronunciar la Corte por derechos como el derecho al nombre —en conexión al derecho a la identidad— el deber de proteger a la familia o los derechos de la infancia véase el voto de VENTURA ROBLES anexo a la sentencia, *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, sentencia de 21 de marzo de 2005. Daremos aquí, en todo caso, por suficiente la misma a los concretos efectos de mostrar la reconocible esfera de responsabilidad respecto los familiares de los desaparecidos, aún dando por buenos tales restrictivos postulados.

²³ Caso *Chipre contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de Mayo 2001, párr. 158 en relación a la violación continuada del artículo 3 respecto los familiares de los desaparecidos; O en palabras de *Varnava y otros contra Turquía*: «*The inter-State case concerned the phenomenon of disappearances, which, although linked to a specific point of time when the missing person was last seen and the surrounding circumstances, may be distinguished from conventional cases of use of lethal force or unlawful killings (...). In the latter cases, the fate of the victim is known; the former are characterised by an ongoing situation of uncertainty and, not infrequently, callous inaction, obfuscation and concealment (...) even assuming therefore that an interpretation of a Convention provision cannot be retrospective in its application, this argument does not prevent an obligation of a continuing nature from being recognised as existing after that date*», vid. *Varnava y otros contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2008, párr. 112; Caso éste donde, además, sería rechazada la objeción preliminar del Gobierno respecto la denominada regla de los seis meses para la presentación del recurso desde la decisión final de agotamiento de los recursos internos; y así, en términos evocadores del propio giro de los acontecimientos en nuestro propio caso español tras el inicio de las actuaciones por parte del Juzgado Central de Instrucción número

nos en el caso de la niña de Mónaco de Gallicchio²⁴, contemplarán la

5 de la Audiencia Nacional: «*The Court would observe that there are differing types of «continuing situations (...) there are cases, such as disappearances, where the continuing situation flows from a factual situation arising at a particular point in time. In the latter, it cannot be the case that the relatives of a person that has gone missing at a specific point in time can wait indefinitely before bringing the matter either to the attention of the domestic authorities or this Court. As has often been said, the object of the six month time limit under Article 35 § 1 is to promote legal certainty, by ensuring that cases raising issues under the Convention are dealt with in a reasonable time. 118(...) The Court notes that it was not until 22 January 1990 that Turkey recognised the jurisdiction of the old Court to examine applications, with the possibility that entailed of a public hearing and a binding judgment in which an award of just satisfaction might be made. The present applications were introduced three days after this. Accordingly, there is, in the Court's opinion, no element of unreasonable delay in bringing these individual applications to Strasbourg in the circumstances. Whether applications introduced at a later date, in particular, long after the Court's inter-State judgment had made public findings on the disappearances as whole, would comply with the requirement for due expedition remains to be decided in such cases as may arise»*; De hecho, ahondando más en un tal concepto, y fuera ya del ámbito de la desaparición forzada de personas, ya desde *Papamichalopoulos y otros contra Grecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había venido a admitir la validez de invocar la *violación continuada* de los derechos del Convenio Europeo, no ya únicamente ante la concurrencia de una figura jurídica específicamente calificada como de *carácter permanente*, sino bastando ya la constatación del mantenimiento *de facto* de sus efectos en el tiempo: «*Admittedly, Greece did not recognise the Commission's competence to receive «individual» petitions (under Article 25) (art. 25) until 20 November 1985 (...) The Court notes merely that the applicants' complaints relate to a continuing situation, which still obtains at the present time*», y esto ya que *the Convention is intended to safeguard rights that are «practical and effective»*, lo que llevará al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a contemplar la validez de apreciar la existencia de una *violación continua* del artículo 1 del protocolo 1 (derecho a la propiedad). *Papamichalopoulos y otros contra Grecia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 1993, párr. 40-42 y 46; en la misma línea nos cabrá reconocer igualmente los posteriores pronunciamientos en *Agrotexim y otros contra Grecia*, Sentencia de 24 de Octubre de 1995, parr. 58) y *Loizidou v. Turkey*, de 18 de Diciembre de 1996, en este último caso, de hecho, se rechazarán en principio las objeciones preliminares *ratione temporis* por apreciarse la viabilidad inicial de la continuación a los efectos vulneratorios del artículo 8, vida privada y familiar, y 1 del Protocolo 1, derecho de propiedad; párr. 47; véase igualmente la reiteración de todo esto en *Veeber contra Estonia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de Noviembre de 2002, párr. 54.

²⁴ Mónaco de Gallicchio, on her behalf and on behalf of her granddaughter Ximena Vicario v. Argentina, Communication No. 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995).

figura de la violación continuada de los derechos amparados en sus respectivos tratados de referencia; y ello de manera independiente a los propios hechos originarios que dieron inicio a la desaparición forzada y pese a la habitual alegación de la inaplicabilidad del instrumento *ratione temporis* esgrimida por parte de los Estados implicados en tales casos.

O tal y como se apuntará en la misma línea desde el artículo 14 de la Resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas —*Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*— en sus apartados 2 y 3, extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional:

«2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el periodo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el periodo en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación»²⁵.

Y ello al mismo tiempo que en los artículos 29 y 30 de dicha misma Resolución se contemplará tanto el deber del Estado responsable de poner fin a la situación internacionalmente ilícita, que continúa vigente, como el deber de cumplir con la obligación violada —al margen de la asunción de aquellas otras consecuencias jurídicas que derivasen de la misma²⁶— reconociéndose

²⁵ Véase igualmente los comentarios al respecto en CRAWFORD, JAMES (2004): *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, págs. 174 y ss.

²⁶ Art 30. «Cesación y no repetición. El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin, si ese hecho continúa. B) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. Art 29. Continuidad del deber de cumplir la obligación. Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada».

además, ya en la Resolución 60/147, el deber de los Estados de adoptar «medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones»²⁷.

Por lo tanto, plenamente situados ya en otra esfera de responsabilidad distinta de la penal, y volviendo al caso comparado de las fosas de Srebrenica, en *Selimovic y otros* la condena de la República Serbia por el incumplimiento de los aludidos artículos del Convenio Europeo pivotaría netamente, no ya en torno a la autoría o responsabilidad por los crímenes originariamente perpetrados, sino en torno a la consiguiente violación del derecho de los familiares a conocer la suerte y paradero de sus seres queridos en ausencia de una tal «investigación oficial» por parte de las autoridades.

167. Por lo tanto, la Cámara no es competente *ratione temporis* para considerar si los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Acuerdo del 14 de diciembre de 1995 dieron lugar a violaciones de los derechos humanos. La Cámara podrá, sin embargo, considerar relevantes las evidencias de tales acontecimientos como información contextual, o de antecedente, respecto de acontecimientos ocurridos después del 14 de diciembre de 1995 (...). 168. Sin embargo, tal como explicó la Cámara en *Unkovic v. la Federación de Bosnia y Herzegovina* (...) en las reclamaciones en nombre de los miembros de la familia que buscan información acerca de la suerte y el paradero de sus seres queridos que han sido hechos desaparecer desde el conflicto armado han aumentado las denuncias por una continua violación de los derechos humanos de los miembros de la familia por la parte demandada. *Tanto el artículo 3 como el 8 del Convenio Europeo imponen una obligación positiva de la parte demandada para investigar a fondo las denuncias de privación arbitraria de la libertad, incluso en los casos en que no puede establecerse, aunque se afirma, que la privación de libertad es atribuible a las autoridades.*

²⁷ Vid. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. pto. 22.a).

169 (...) Sin embargo, unos siete años después de los acontecimientos en cuestión, ninguno de los demandantes ha sido oficialmente informado acerca de la suerte y el paradero de sus seres queridos desaparecidos. *Por lo tanto, las alegaciones contenidas en la demanda conciernen a una violación continuada de los derechos humanos de los demandantes por la parte demandada, que comenzó el 14 de diciembre de 1995 y continúa hasta la fecha actual. Y como tal, la demanda entra dentro de las competencias de esta Cámara, razione temporis*²⁸.

En cuanto a la propia violación de varios de los artículos del Convenio Europeo de forma independiente respecto a los propios familiares de los desaparecidos, y comenzando por el artículo 8, el derecho a la vida privada y familiar²⁹, la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia Herzegovina señalará:

178. (...) A pesar de los intentos del ejército de la República Serbia de encubrir o destruir información acerca de los acontecimientos de Srebrenica, las autoridades de la República Serbia aún han debido tener acceso a información después del 14 de diciembre de 1995 con la que poder responder a las solicitudes de información de las familias de los bosnios desaparecidos de Srebrenica (...) y, *en cualquier caso, el hecho de que los miembros del Ejército de la República Serbia puedan haber destruido tales pruebas no exime al demandado de sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo. Por el contrario, parece que las autoridades de la República Serbia, de forma arbitraria y sin justificación, han fallado en realizar acción alguna para localizar, descubrir, o revelar la información solicitada por los demandantes acerca de sus seres queridos desapa-*

²⁸ Caso *Selimovic y otros contra la República Serbia*, ob cit.

²⁹ Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

recidos. No hay pruebas, por ejemplo, de que las autoridades de la República Serbia hayan interrogado a alguno de los miembros del ejército de la República Serbia que participaron en los sucesos de Srebrenica, a otros posibles testigos, revelado la existencia de ningún tipo de prueba física que aún esté en su poder, o revelado cualquier información sobre la localización de las fosas comunes con miras a poner la información requerida a disposición de las familias de las víctimas de los acontecimientos de Srebrenica en julio de 1995. Esa inactividad o pasividad es una violación de las responsabilidades de la República Serbia en virtud del anexo 7 del *General Framework Agreement* y el *Process for tracing persons unaccounted for*³⁰.

Y, más concretamente, tomando debida constancia de la grave repercusión hacia los derechos de los familiares de las masacres en las fosas:

180. En el contexto de la alegación de la existencia de una interferencia con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, *la Cámara toma nota, en particular, del «catastrófico» impacto de los acontecimientos de Srebrenica en la vida de los miembros supervivientes de la familia de las personas desaparecidas*, grupo entre los que se encuentran los demandantes en el presente caso. Debido a que el paradero de sus seres queridos todavía no resulta oficialmente conocido, muchos son incapaces de cerrar este capítulo, para recuperarse psicológicamente, o para avanzar con sus vidas (...). A la luz del «excepcionalmente elevado» nivel de trauma causado —en parte por la falta de información sobre el paradero de sus seres queridos— el incumplimiento por la parte demandada al no adoptar ninguna acción encaminada a hacer que la información se encuentre a disposición de las familias de las víctimas de los acontecimientos de Srebrenica de julio de 1995 es particularmente notorio. 181. Por lo tanto, la Cámara llega a la conclusión de que la parte demandada ha incumplido sus obligaciones positivas de garantizar el respeto de los derechos de los demandantes protegidos por el artículo 8 del Convenio Europeo, ya que no se ha logrado hacer accesible y revelar la información solicitada por los demandantes acerca de sus seres queridos desaparecidos».

³⁰ Caso *Selimovic y otros contra la República Serbia*, ob cit.

Por otra parte, en cuanto a la violación del artículo 3 —prohibición de la tortura y el trato inhumano³¹— la Cámara de Derechos Humanos, vendrá a centrarse en un doble conjunto de circunstancias, relativas, de un lado, al propio familiar del desaparecido que alega la violación —en estrecha conexión con la desaparición y su propia actuación posterior— y, de otro a la actuación por parte de las autoridades:

Así, y en cuanto a las circunstancias y factores atinentes a la perpetración de la desaparición y al familiar del desaparecido:

185. En su jurisprudencia anterior, la Cámara ha reconocido el derecho de los miembros de la familia de las personas desaparecidas a conocer la verdad sobre la suerte y el paradero de sus seres queridos desaparecidos (...) En *Unkovic contra la Federación de Bosnia y Herzegovina*, la Cámara sostuvo que los factores extraordinarios a tomar en consideración respecto del miembro de la familia que alegaba sufrir una violación del artículo 3, por trato inhumano debido a la falta de información oficial sobre el paradero de un ser querido, son los siguientes:

- La consideración primordial es *que la dimensión y el carácter de la angustia emocional causada a los miembros de la familia sea distinta de la que sería inevitable para cualquier familiar de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos.*
- *La proximidad del vínculo familiar, otorgando un especial peso específico a la relación entre padres e hijos.*
- Las especiales circunstancias de la relación entre la persona desaparecida y el miembro de la familia;
- *La medida en la que el miembro de la familia fue testigo de los acontecimientos resultantes en la desaparición.* En todo caso, la ausencia de este factor no puede privar al miembro de la familia de su condición de víctima;
- *El contexto general de la desaparición, es decir, el estado de guerra, la amplitud del conflicto armado, la extensión de la pérdida de vidas;*

³¹ Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

- *La cantidad de angustia y tensión causada a los miembros de familia como resultado de la desaparición;*
- *La implicación del miembro de familia en las tentativas de obtener información sobre el paradero de la persona desaparecida.* En todo caso la ausencia de quejas no tiene por qué privar necesariamente a la familia del estado de la víctima;
- *La persistencia del miembro de familia en el envío de las quejas, en la búsqueda de información sobre el paradero del desaparecido, y en la sustanciación de sus quejas* (caso No. CH/99/2150, *Unkovik*, decisión sobre la revisión del 6 de mayo 2002, párrafo 114, decisiones enero. Junio de 2002).

Por otra parte, y en cuanto a la separada valoración en el contexto del artículo 3 de la reacción y la actitud de las autoridades cuando la desaparición resultó presentada a su atención:

186 (...) Más aún, la característica esencial de la queja del miembro de la familia bajo el artículo 3, es la reacción y la actitud de las autoridades cuando la desaparición es presentada a su atención, los especiales factores tomados en consideración respecto de la parte demandada son los siguientes:

- La respuesta, reacciones, y actitud de las autoridades respecto a las quejas, e investigaciones para la obtención de información sobre la desaparición de la persona; complacencia, intimidación, y acoso por parte de las autoridades se pueden considerar circunstancias agravantes;
- *grado en el cual las autoridades condujeron una investigación significativa y completa en la desaparición;*
- la cantidad de información creíble proporcionada como ayuda a las autoridades encargadas de la investigación.
- *grado en el cual las autoridades proporcionaron una explicación creíble, verificada respecto la persona desaparecida, vista por última vez bajo la custodia de las autoridades;*
- *la duración de la carencia de la información prolonga el período de incertidumbre para el miembro de familia lo cual puede ser una circunstancia agravante;*
- la implicación de las autoridades en la desaparición (caso No. CH/99/2150, *Unkovik*, decisión sobre la revisión del 6 de mayo de 2002, párrafo 115, decisiones enero. Junio de 2002).¹⁷

En definitiva, la verificación de la existencia de una idéntica, «adicional», esfera de necesaria protección de los derechos humanos de los familiares de los desaparecidos ante la actuación de las autoridades del Estado español será lo que aquí nos interese; a la luz de dicho antecedente internacional, Srebrenica, y del propio deber general de dar un tratamiento autónomo como víctimas a los familiares, si bien esto último a la luz de los propios tratados de derechos humanos firmados por España, —significativamente el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos³² y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³³, respectivamente ratificados en 1977 y 1979— y su concreta imbricación, e implicaciones para nuestras autoridades, desde el ámbito del artículo 10.2 de nuestra Constitución.

Lo que nos llevará, a su vez, a dibujar una nueva subdivisión de consecuencias en lo nacional e internacional de dicha segunda, autónoma esfera, para actuar la tutela de los derechos humanos de los miembros de todas estas familias.

II. El contenido de las normas internacionales de derechos humanos como parte del contenido constitucionalmente declarado de los Derechos Fundamentales a la luz del artículo 10.2 CE y la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

La innovadora fórmula del artículo 10.2 de nuestra Constitución determina que: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformi-

³² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, de 19 de Diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 27 de abril de 1977, BOE n. 103 de 30/4/1977.

³³ Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963, y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE n. 243 de 10/10/1979, págs. 23564 – 23570.

dad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España».

Norma que, como ha tenido ocasión de señalar nuestro Tribunal Constitucional, establece así: «una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, *de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución*. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso»³⁴.

Y partiendo de esto, sin duda, los instrumentos más relevantes en virtud de dicho precepto Constitucional, y junto a la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, habrán de ser, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Al tiempo que el artículo 10.2 que ha de ser aquí particularmente conectado —en idéntico sentido a todo lo anterior, y a los efectos del presente estudio—, a los artículos 15 y 18.1 de nuestro texto

³⁴ STC 36/1991, 14 de febrero, Fundamento Jurídico 5.

Constitucional como derechos internamente consagrados de referencia³⁵. Y ello sin olvidar que el contenido de tales tratados ha de ser particularmente entendido a la luz de sus respectivos órganos de tutela e interpretación designados por los mismos, esto es, destacadamente, la prestigiosa, en todo caso vinculante para nuestro país³⁶, praxis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también las propias decisiones y observaciones generales del propio Comité de Derechos Humanos³⁷.

³⁵ Como es sabido, artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)»; artículo 18.1: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

³⁶ Efectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es quien, en caso de disparidad de criterios entre el Estado – presuntamente infractor – y los demás órganos del Consejo europeo, fija definitivamente el sentido y contenido de los preceptos de la Convención que se consideran transgredidos y además, con naturaleza vinculante tanto para el Estado afectado como para los demás miembros de la Comunidad. Porque de acuerdo con el artículo 45 de la Convención su competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la misma; y, según el artículo 46, su jurisprudencia es obligatoria de pleno derecho, APARICIO PÉREZ, M.A. (1989): «La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales», en: *Jueces para la Democracia*, n.6, pág. 17; cómo en especial cabe recordar respecto a dicho organismo internacional por parte de nuestro Tribunal Constitucional – igualmente en directa invocación del artículo 10.2 y ya desde sus primeros pronunciamientos –, en la sentencia 12/1981, de 10 de abril, recogiendo «el criterio sustentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 17 de enero de 1970 (caso Delcourt), aplicando el artículo 6.1 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, ratificado por España, con arreglo al cual hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, conforme al artículo 10.2 de la norma suprema».

³⁷ Así, de nuevo con APARICIO PÉREZ: «en virtud de esa (...) especial fuerza receptiva que la Constitución otorga a este tipo de tratados, los criterios para la interpretación constitucional no sólo están contenidos en las propias disposiciones del tratado de que se trate sino que se hallan también en su *práctica normativa*, es decir, en las decisiones, disposiciones y acuerdos que surjan de los órganos internacionales encargados de darles contenido, asegurar su cumplimiento y, en definitiva, interpretarles». Con lo que nos encontramos ante una remisión a dos elementos «inescindibles»: las normas internacionales y la práctica internacional de esas mismas normas, «La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española (...)», *ob cit.*, pág. 11; viniendo a

De este modo no se tratará, por tanto, «únicamente» de que con el artículo 96.1 de nuestra Constitución, «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno», en términos de *bloque de constitucionalidad*, dada su elevada posición jerárquica dentro de nuestro ordenamiento —disciplinando el ordenamiento infraconstitucional— sino que los tratados de derechos humanos operarán disciplinando el contenido de los derechos fundamentales en el propio nivel constitucional. En ambos casos porque así lo ha querido nuestra Carta Magna; en el caso específico objeto de nuestro interés, el del artículo 10.2, como expreso posicionamiento frente a las tesis contrarias a una tal apertura³⁸.

Esto es, el artículo 10.2 resulta plenamente vigente, la debida apertura constitucional es una realidad, y algunos de los posicionamientos jurídicos *carpetovetónicos* actualmente reconocibles ante el caso de los desaparecidos del franquismo —como si los tratados internacionales de derechos humanos que amparan a desaparecidos y familiares terminasen en los Pirineos—, fueron, justamente, los efectivamente *descartados*

coincidir así igualmente con SANZ ARNAIZ que vendrá a destacar además, la especial importancia otorgada por nuestro Tribunal Constitucional a los organismos interpretativos y de aplicación de carácter propiamente jurisdiccional, como sería el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. «La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos (...)».

³⁸ Precisamente en este sentido contrario a tales efectos diferenciados del artículo 10.2, la argumentación del senador socialista Sainz de Baranda, que resultaría finalmente desatendida, al señalar: «Creemos que es innecesario y además, nocivo, porque al convertir en constitucionales los tratados y ordenar la integración del derecho español en ellos, lo que estamos haciendo no es una mera introducción en el orden jurídico interno de los tratados, sino que estamos construyendo una Constitución paralela, es decir, que si esta enmienda prospera, España tendrá dos Constituciones: la Constitución aprobada por nosotros como mandatarios del pueblo, más los textos vagos e incorrectos del Derecho internacional(...)»; no ciertamente dos Constituciones, pero si, en cambio, un texto Constitucional abierto el mismo, no ya su bloque, a la tratadística y praxis de la tutela internacional de los derechos humanos ha sido el resultado, Vid. APARICIO PÉREZ, M.A. «La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución (...)», *ob cit.*, pág. 10.

en el debate de su redacción, y no al revés. Basta abrir la Constitución y leer el artículo 10.2, y acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que a lo largo de todos estos años ha venido reconociéndole un tal papel a dicho precepto.

Y así, una vez más con nuestro Tribunal Constitucional, «no cabe desconocer (...) que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico»³⁹. Y vincular de forma inmediata *a todos* nuestros poderes públicos, el Gobierno de nuestra nación, nuestras altas autoridades, la Administración General del Estado, los primeros.

Como ya señalara González Campos, el artículo 10.2 comprenderá todos los tratados ya ratificados por España así como aquellos otros en los que nuestro país pueda ser parte⁴⁰ —y así el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que sería ratificado ya en 1979, con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 10.2—; pero también habrá de ser tomada en consideración la específica incidencia

³⁹ STC 21/1981 de 15 de junio, Fundamento Jurídico 10; vid. así mismo la más reciente STC de 30 de 3 de 2000, reconociendo la especial relevancia hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos, como han tenido ocasión de destacar igualmente DE PRADA SOLAESA, BAYARRI GARCÍA y SÁEZ VALCARCEL con ocasión de su voto particular de 4 de diciembre de 2008, al auto de 2.12.2008 de la Audiencia Nacional, Vid. voto particular que formulan los magistrados José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel, Audiencia Nacional, Pleno Sala de lo Penal, Rollo de Sala 34/2008, pto. 3 de las conclusiones.

⁴⁰ Y así, tal y como ya hemos apuntado con la elocuente formulación de la sentencia 36/1991 - y en coincidencia con dicho autor - *en definitiva el artículo 10.2 ordena la forma de interpretar, la amplitud y el alcance de los derechos fundamentales*, vid. más ampliamente GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (1999): «Las normas internacionales sobre Derechos humanos y los derechos reconocidos en la Constitución española, Art. 10.2 C.E.», en: *Tres lecciones sobre la Constitución*, editorial Megablum, Sevilla.

de instrumentos sectoriales como ahora el nuevo Convenio de Naciones Unidas contra las Desapariciones Forzadas; y ello en tanto que, de hecho, dicha práctica interpretativa por parte de nuestro Tribunal Constitucional ha contemplado en ocasiones tratados internacionales no específicos de derechos humanos en la medida en que alguna de sus disposiciones permitiese interpretar el alcance de alguno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna, e incluso —más allá de lo amparado por el propio artículo 10.2 de nuestra Constitución— ha llegado a tomar como parámetro interpretativo indirecto del alcance de derechos fundamentales consagrados otros textos internacionales sin naturaleza específica de tratado —de carácter por tanto no vinculante para los Estados, como ha sido el caso de las Recomendaciones de la OIT, y otros instrumentos de Naciones Unidas como ha puntualizado por su parte Sanz Arnaiz⁴¹.

Como espero mostrar a continuación —a la luz de los distintos instrumentos internacionales a integrar vía artículo 10.2 de nuestra Constitución en el ámbito de los artículos 15 y 18.1 de la misma— nada de todo ello habrá sido tomado en consideración por nuestras sucesivas autoridades democráticas nacionales a la hora de proteger debidamente los derechos fundamentales de los familiares de los desaparecidos del franquismo, representando una situación tolerada a lo largo las últimas tres décadas; tres décadas de vigencia de nuestra Constitución y, por tanto, de vigencia de un tal sistema

⁴¹ SANZ ARNAIZ, A. (1999): «La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución», Consejo General del Poder Judicial, Madrid; De hecho y en palabras del Comité de Derechos Humanos, no cabe olvidar como «Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes», Observación General n. 31, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. U.N. Doc. HRI/1/Rev.7 at 225 (2004), pto. 11, cursivas propias.

de *debida* integración interpretativa de la esfera constitucional, interna, y no ya «sólo» de debida observancia de sus obligaciones internacionales por parte de nuestros poderes públicos en materia de derechos humanos.

III. Responsabilidad por «trato inhumano» y violación del «Derecho a la vida privada y familiar» de los allegados a la luz de los artículos 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos.

Partiendo de la Observación General 31 al Pacto Internacional de Derechos Civiles formulada por el Comité de Derechos Humanos, cabe recordar en primer lugar como, «*el artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas*»⁴²; la obligación jurídica derivada del párrafo 1 del artículo 2 «*es tanto de carácter negativo como positivo*»⁴³.

Así, conforme habrá sido señalado respecto a dicho artículo 2 «*puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes*», incluso «*como resultado de que los*

⁴² Observación General n. 31. Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. U.N. Doc. HRI/1/Rev.7 at 225 (2004), pto. 7.

⁴³ Observación General n. 31, *ob cit*, pto. 6. Y así conforme al mismo: Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (...).

Estados Partes se permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas»⁴⁴.

Más aún y retomando el incumplido deber de España de abordar una investigación oficial efectiva en torno al paradero e identificación de desaparecidos de las fosas y de los niños perdidos: «*Se requiere en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos, dotadas de facultades adecuadas, pueden contribuir a tal fin.* La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz»⁴⁵.

⁴⁴ *Observación General* n. 31, *ob cit*, pto. 8, cursivas propias; Y todavía: «El pacto no puede considerarse como un sustitutivo del derecho interno penal o civil. Sin embargo, las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas», pto. 8; de modo que tampoco en este último caso será posible hablar al hilo de acontecimientos recientes –muy criticablemente y desconociendo la noción de crímenes contra la humanidad, de la *acquiescencia* del Estado y del concepto de la *joint criminal enterprise* surgida a raíz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional de la Antigua Yugoslavia– de violaciones de derechos o actos «privados» y eximirse de su propia esfera de diligencia al respecto, en relación, por ejemplo, a la pretendida participación «de particulares» u organizaciones como Falange tanto en las ejecuciones como en el secuestro de menores en Francia y otros países.

⁴⁵ *Observación General* 31, *ob cit*, pto 15, cursivas propias; Y ello sin olvidar, tampoco, las paralelas implicaciones de la existencia de dichos mismos «mecanismos administrativos» suficientes también a los concretos efectos de la garantía de no repetición: «(...) los objetivos del Pacto no se alcanzarían sin una obligación integrada en el artículo 2 de adoptar medidas para evitar que vuelva a producirse una violación del Pacto». Pto 17.

a) El «trato inhumano» a los familiares de los desaparecidos en el artículo 7 PIDCP.

De este modo y ya en cuanto al artículo 7 y la proscripción del trato inhumano⁴⁶ —primero de los dos objetos de nuestro interés e igualmente recogido en otros instrumentos como los artículos 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes— y tal y cómo había sido previamente desarrollado por parte de la Observación General 20 del mismo Comité: «El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En sus informes, los Estados Partes deberán indicar *cómo sus legislaciones garantizan efectivamente el cese inmediato de todo acto prohibido por el artículo 7*, así como la concesión de una reparación adecuada»⁴⁷.

Y así: «La finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. *El Estado parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7*, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado (...) *La prohibición enunciada en el artículo 7 se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral*»⁴⁸.

⁴⁶ Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

⁴⁷ Vid. Observación General N° 20, Artículo 7 – Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, 44° período de sesiones, UN. Doc. HRI.. (1992), pto. 14.

⁴⁸ Ptos. 2 y 5, Observación General 20, ob cit, cursivas propias; De este modo: «el pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato», pto. 4 Observación General 20, ob cit, cursivas propias.

Más aún: «El Comité observa que, en relación con la aplicación del artículo 7, *no basta con prohibir ese trato o castigo o con declararlo delito. Los Estados Partes deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción*»⁴⁹.

De modo que «el Estado parte deberá proporcionar información detallada sobre las salvaguardas previstas para la protección especial de las personas especialmente vulnerables»⁵⁰. Categoría ésta que, a nuestro juicio, ha de abarcar a los familiares de los desaparecidos del franquismo dada su ya avanzada edad, los largos años de padecimiento —injustificables, transcurridos ya 29 y 30 años desde la ratificación por parte de España de ambos instrumentos aquí analizados pero totalmente desatendidos en la materia— y, más aún, la especial necesidad de una pronta y diligente intervención acotadas las posibilidades de su realización por aquellas limitaciones propias a las expectativas de la vida biológica humana.

Y así —en convergencia con el propio carácter propiamente *absoluto* que le vendrá atribuido ex artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos a idéntica prohibición en el sistema regional Europeo—, «*el texto del artículo 7 no admite limitación alguna. El Comité reafirmó asimismo que, incluso en situaciones excepcionales como las mencionadas en el artículo 4 del Pacto, nada autoriza la suspensión de la cláusula del artículo 7, y las disposiciones de dicho artículo deben permanecer en vigor*»⁵¹.

Ni tan siquiera servirá ante el artículo 7 la invocación por el Estado firmante de cualquier posible amnistía doméstica: *Los Estados no pueden*

⁴⁹ Pto. 8, Observación General 20, ob cit.

⁵⁰ Pto. 11, Observación General 20, ob cit.

⁵¹ Pto. 3, Observación General 20, ob cit.

privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible»⁵².

Todo ello encontrará por lo demás un pleno encaje con el sentido maximalista, *absoluto*, otorgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al artículo 3.

Y así, en aplicación de todo ello al caso concreto de las desapariciones forzadas y como fuera ya señalado en el histórico pronunciamiento de 21 de julio de 1983 del Comité de Derechos Humanos ante el Caso *Quinteros contra Uruguay, la angustia y el estrés causado a la madre con la desaparición de su hija y por la situación de continua incertidumbre concerniente a sus circunstancias y paradero, determinaría el surgimiento de una nueva parcela de responsabilidad por lo (no) actuado por el Estado respecto de los familiares de los desaparecidos: no sólo tenía el derecho a saber qué es lo que le había pasado a su hija sino que, a tal respecto, la propia recurrente era víctima por la violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles⁵³.*

Histórica resolución ésta que sería sucesivamente recogida después en sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde nos detendremos muy brevemente todavía aquí ante la obligada alusión de

⁵² Pto. 15, Observación General 20, ob cit, puntualizándose todavía: «Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro.

⁵³ *María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay, Communication No. 107/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990), pto. 14; Concluyéndose por tanto: «16. The Human Rights Committee, acting under article 5 (4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, therefore concludes that responsibility for the disappearance of Elena Quinteros falls on the authorities of Uruguay and that, consequently, the Government of Uruguay should take immediate and effective steps: (a) to establish what has happened to Elena Quinteros since 28 June 1976, and secure her release; (b) to bring to justice any persons found to be responsible for her disappearance and illtreatment; (c) to pay compensation for the wrongs suffered; and (d) to ensure that similar violations do not occur in the future».*

su última jurisprudencia en la materia⁵⁴, además de en sede del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos como veremos también posteriormente.

Así, partiendo del caso *Chapman Blake contra Guatemala* donde la Corte Interamericana estimaría la *violación de la integridad psíquica y moral de los familiares* en los términos del artículo 5 del Convenio Americano como consecuencia directa de un caso de desaparición forzada —apreciado en tal sentido el «sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos»⁵⁵— la definitiva consagración del entorno familiar como *víctima de desaparición forzada*, vendría dada ya a partir del caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*⁵⁶; y ello sea en relación a dicha misma *incertidumbre y sufrimiento* sobre la pérdida de sus seres queridos, como, también, en conexión al *derecho*

⁵⁴ Corte cuyos posicionamientos y extenso desarrollo de esta noción, merecen sobradamente todavía nuestra atención como auxilio a la toma de constancia jurisprudencial en el ámbito comparado de sus hondas implicaciones, aunque dicho órgano no pertenezca al sistema del Pacto Internacional, ni su jurisdicción haya sido en modo alguno aceptada por España, como a buen seguro, no tardarían algunos en recordar, remitiéndonos aquí por tanto más ampliamente a nuestro previo análisis de todo ello RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2007): «Las fosas de Franco y la *diligencia debida* del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: *Jueces para la Democracia*, n. 60, págs. 70-89.

⁵⁵ Vid. caso *Chapman Blake contra Guatemala*, pronunciamiento de 2 de julio de 1996 de la corte interamericana de derechos humanos, párr. 114, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo de 25 de noviembre de 2000; y *así conforme los apartados primero y segundo del artículo 5 de la Convención Americana*: 1. toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo de 25 de noviembre de 2000, así como la sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002.

a conocer la verdad, igualmente vulnerado, respecto a las circunstancias de la desaparición⁵⁷.

O en palabras del voto del juez Cançado Trindade en el mismo: Ya en ocasiones anteriores, como en el caso *Blake* (Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, y reparaciones, del 22.01.1999), y en el caso de los «Niños de la Calle» (Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999), la Corte Interamericana expuso correctamente la fundamentación jurídica de la *ampliación de la noción de víctima*, a abarcar, en las circunstancias específicas de los referidos casos (en los cuales los restos mortales de los victimados estuvieron no-identificados u ocultados por algún tiempo), también los familiares inmediatos de las víctimas directas. (...) La ampliación de la noción de víctima vuelve a ocurrir en el presente caso, en relación con los familiares inmediatos del Sr. Efraín Bámaca Velás-

⁵⁷ Y así, en palabras de la Corte, «Estos padecimientos se extienden de igual manera a los miembros más íntimos de la familia, particularmente a aquéllos que tuvieron un contacto afectivo estrecho con la víctima. La Corte considera que no requiere prueba para llegar a la mencionada conclusión, aunque en el presente caso se encuentre probado el sufrimiento ocasionado a aquéllos. Asimismo, la impunidad imperante en este caso ha constituido y sigue causando sufrimiento para los familiares que los hace sentirse vulnerables y en estado de indefensión permanente frente al Estado situación que les provoca una profunda angustia», *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002, párr. 63-64. En cuanto al derecho a la verdad, igualmente plasmado como tal en la nueva Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, CANÇADO TRINDADE apuntaría igualmente en el caso Bámaca, una dimensión más amplia de la que se pueda desprender *prima facie* del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el derecho a la verdad: «Más allá del enunciado en aquella disposición, que inspiró otras disposiciones congéneres de distintos tratados de derechos humanos, el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos. (...) Dado que el Estado tiene el deber de hacer cesar las violaciones de los derechos humanos, la prevalencia del derecho a la verdad es esencial para el combate a la impunidad y se encuentra ineluctablemente ligada a la propia realización de la justicia, y a la garantía de no-repetición de aquellas violaciones». Voto razonado del juez A.A. CANÇADO TRINDADE a la sentencia de fondo en *Bámaca Velásquez*, *ob cit*, párr. 32; Vid. Así mismo PÉREZ SOLLA, M^a.F. (2006): *Enforced Disappearances in international human rights*, Mc Farland and Company Inc. Publishers, North Carolina. pág. 91.

quez. El intenso sufrimiento causado por la muerte violenta de un ser querido es aún más agravado por su desaparición forzada, y revela una de las grandes verdades de la condición humana: la de que la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos (a veces desagregando el propio núcleo familiar), tanto por el intenso sufrimiento y la desesperación causados, cuanto por sustraer a todos del manto protector del Derecho. Este entendimiento ya forma hoy, en el umbral del siglo XXI, *jurisprudence constante* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸.

O como puntualizaría, a su vez, García Ramírez, al hablar de víctimas directas de la desaparición forzada (desaparecidos) e indirectas (familiares): «la distinción técnica entre ambas categorías no implica que alguna de ellas revista mayor jerarquía para los fines de la tutela jurídica. Ambas se hallan igualmente tuteladas por la Convención y pueden ser atendidas en la Sentencia, tanto para considerarlas, sustantivamente, como sujetos pasivos de una violación, acreedores a reparaciones, como para atribuirles legitimación procesal, de manera genérica e indistinta»⁵⁹.

Sentimientos éstos de *inseguridad, impotencia y angustia debido a la deficiente investigación emprendida*, que habría impedido sancionar a los responsables en una situación calificada de «imperio de la impunidad» durante varias décadas, nuevamente apreciados por la Corte Interame-

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado del juez A.A. CANÇADO TRINDADE a la sentencia de fondo del caso *Bámaca Velásquez*, párr. 39 y 40, al que aquí remitimos más ampliamente además dado su particular interés; Véase junto a esto PÉREZ SOLLA, M^a.F. (2006): *Enforced Disappearances in internacional human rights*, Mc Farland and Company Inc. Publishers, North Carolina, págs. 95 y ss.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo del caso *Bámaca Velásquez*, párr. 4 y 5.

ricana en los casos de desaparición forzada del niño perdido Molina Theissen o las niñas perdidas Serrano Cruz —en los que nos cabe reconocer así como una praxis internacional constante y plenamente vigente—: «A la fecha de esta Sentencia, después de más de veintidós años de ocurridos los hechos del presente caso, no se ha identificado, juzgado y sancionado a los responsables de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. Por lo tanto, se ha configurado una situación de impunidad que constituye una infracción del deber del Estado al que se ha hecho referencia, lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata»⁶⁰.

Y ello al tiempo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos incidiría, nuevamente, en el derecho de los familiares de los desaparecidos *a conocer la verdad*: «(...) los familiares de Marco Antonio Molina Theissen tienen derecho de conocer lo sucedido a éste y saber dónde se encuentran sus restos. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su reconocimiento puede constituir un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima»⁶¹.

Al tiempo que en el caso de las niñas Serrano Cruz contra el Salvador, se reiterará: «El cumplimiento de las referidas obligaciones tiene gran importancia para la reparación de los daños sufridos durante años por los familiares de Ernestina y Erlinda, ya que han vivido con un sentimiento de desintegración familiar, inseguridad, frustración, angustia e impotencia ante la abstención de las autoridades judiciales de investigar diligentemente los hechos denunciados, así como ante la despreocu-

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Molina Theissen contra Guatemala*, sentencia sobre reparaciones de 3 de julio de 2004, párr. 79.

⁶¹ Caso *Molina Theissen*, reparaciones, ob cit, párr. 81.

pación del Estado por determinar dónde se encuentran mediante la adopción de otras medidas»⁶².

Y así: «En cuanto a la madre y hermanos de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, la Corte ha presumido que los sufrimientos o muerte de una persona acarrearán a sus padres y hermanos un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo (...) *es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, máxime cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido*»⁶³.

⁶² Caso *Serrano Cruz*, ob cit. párr. 177; O como la Corte señalaría todavía: Dicha falta de investigación respecto de lo sucedido a Ernestina y Erlinda y la determinación de su paradero ha sido y sigue siendo una fuente de sufrimiento para sus familiares, quienes han mantenido la esperanza de encontrarlas con vida y lograr un reencuentro familiar. Al respecto, la perito Ana Deutsch indicó que la incertidumbre de los familiares de no saber dónde se encuentran Ernestina y Erlinda «se exacerbó cuando, después de terminada la guerra[,] la familia renovó la búsqueda con la ayuda de instituciones [...] y no hub[o] resultados que aclararan el paradero de ellas. Con el correr de los años el impacto traumático se hizo más severo. [...] Se desarrolló una espiral de eventos que llevaban a la frustración y dieron lugar a una exacerbación o empeoramiento de la condición emocional de cada uno». (...) Párr. 113; Al mismo tiempo, y en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: «la madre y la hermana de Erlinda y Ernestina Serrano Cruz han sufrido desde el momento en que ocurrió la desaparición forzada. La falta de conocimiento sobre el paradero de las presuntas víctimas es causa de profunda angustia para sus parientes, quienes desconocen dónde se encuentran estas últimas y si están bien, «cuestión sobre la cual ninguna autoridad les ha brindado información», párr. 108 b; Y todavía, DEUTSCH apuntará: «(...) ellas [las niñas Serrano] han ocupado siempre un lugar en el discurso familiar. Ellas siguen siendo una presencia en la familia, presencia que se hizo más intensa desde que se activó la búsqueda [y] al mismo tiempo se reactivó el dolor. [...] La familia definitivamente sufrió una crisis de identidad. La identidad de la familia estaba compuesta por todos sus miembros. Algunos niños murieron a edad muy temprana, pero la muerte de ellos tuvo explicaciones y la familia pudo asimilar sus ausencias. Las muertes debidas a ataques del ejército, muy dolorosas, pero con una definición de los hechos, lo que también facilitó el duelo. La ausencia de las niñas no tiene todavía una resolución dentro de la familia, por ello son una ausencia presente», vid. *Serrano Cruz*, ob cit, párr. 35.

⁶³ *Caso Serrano Cruz*, párr. 159, cursivas propias.

En definitiva: junto a la propia desaparición originariamente perpetrada, la misma impunidad tolerada por las nuevas autoridades, y privación del derecho a conocer la verdad sobre la suerte de sus seres queridos, será igualmente causa de un trato contrario a los derechos humanos de las familias de los desaparecidos; trato inhumano igualmente reprochable, jurídicamente reprochable, al Estado.

Y todo ello habrá sido reiterado, además, en la reciente sentencia de 12 de Agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*): *La Corte ha reiterado en múltiples ocasiones que los familiares de las víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas*¹³⁰. *En este sentido, en otros casos el Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de familiares de víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos.* Entre los extremos a considerar se encuentran los siguientes: 1) la existencia de un estrecho vínculo familiar; 2) las circunstancias particulares de la relación con la víctima; 3) la forma en que el familiar se involucró en la búsqueda de justicia; 4) la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones realizadas¹³²; 5) el contexto de un «régimen que impedía el libre acceso a la justicia», y 6) la permanente incertidumbre en la que se vieron envueltos los familiares de la víctima como consecuencia del desconocimiento de su paradero⁶⁴.

Así, tal y como apreciará la Corte en el caso a examen: La psicóloga Jacqueline Riquelme señaló que a raíz de la desaparición de su compañero, la señora Graciela De León «vive diariamente la experiencia

⁶⁴ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de Agosto de 2008, párr. 163.

traumática, que se advierte en su silencio, en el temor y su inhibición de participación social (...)»⁶⁵

Ahondándose todavía en ello a continuación: *En cuanto al efecto que la desaparición tuvo en los familiares de Heliodoro Portugal, la psicóloga Jacqueline Riquelme señaló que hasta que se encontró el cuerpo, la desaparición les hizo tener la esperanza de hallar a su ser querido vivo, pero la condición de «muerto vivo» del desaparecido no les permitió seguir el proceso natural de duelo y poner término a un largo proceso de dolor y separación*⁶⁶.

Y junto a esto, reproduciendo los esquemas ya apuntados en Srebrenica y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sumado al referido sufrimiento que a la familia del señor Portugal le ocasionó su desaparición, se agrega la actuación del Estado frente a las investigaciones realizadas. Al respecto, el señor Franklin Portugal De León manifestó que ha visto afectada su integridad psíquica y moral, ya que «no ha habido una respuesta definitiva [por parte del Estado acerca de lo sucedido a su padre] y que los culpables andan todavía libres sin recibir su castigo». Consecuentemente, el señor Franklin Portugal se

⁶⁵ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit*, párr. 168. Y todavía: «Asimismo, la señora Patria Portugal, hija del señor Portugal, manifestó en la audiencia pública ante este Tribunal lo siguiente: «mi mamá con mi hermano en brazos y yo fuimos a las cárceles a buscarlo, a los hospitales [...] Fuimos a todas las cárceles y nos lo negaron». Adicionalmente, la señora Patria Portugal señaló: yo he sufrido tanto la pérdida de mi padre, no por la muerte en sí [...], más que la muerte, su desaparición, golpearlo, torturarlo, desaparecerlo y dejar a su familia desprotegida y nosotros pensando, sin saber dónde está. Ese es el crimen más grande que puede haber porque uno no sabe dónde está. 169. Asimismo, el señor Franklin Portugal también señaló, respecto de su madre y su hermana: mi mamá [Graciela De León] sufrió mucho y todavía quedan las secuelas de la desaparición de su esposo. Ella sufre de nervios y la presión. Mi hermana también ha sufrido mucho, ya que siempre la encontraba llorando y pensando que mi papá algún día podría regresar (...)», Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit.*, párrs. 168-169.

⁶⁶ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit.*, párr. 169.

encuentra bajo atención médica psiquiátrica para tratar tales afectaciones. Además, en relación a la señora Patria Portugal, la psicóloga Jacqueline Riquelme relató: se observa en las reacciones psíquicas de la hija Patria, la más activa en la búsqueda de la verdad, mecanismos de defensa predominantemente de disociación durante las actividades de denuncia y los trámites judiciales, alternándose con periodos de depresión, rabia, hiperactividad en torno al problema y desaliento, especialmente por la imposibilidad de obtener justicia y reconocimiento.⁶⁷

En definitiva: *La Corte encuentra que la incertidumbre y ausencia de información por parte del Estado acerca de lo ocurrido al señor Portugal, que en gran medida perdura hasta la fecha, ha constituido para sus familiares fuente de sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos. Por lo expuesto, la Corte considera que la existencia de un estrecho vínculo familiar, sumado a los esfuerzos realizados en la búsqueda de justicia para conocer el paradero y las circunstancias de la desaparición del señor Heliodoro Portugal, así como la inactividad de las autoridades estatales o la falta de efectividad de las medidas adoptadas para esclarecer los hechos y sancionar a los responsables de los mismos, afectaron la integridad psíquica y moral de la señora Graciela De León y sus hijos Patria y Franklin Portugal De León, lo que hace responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las referidas personas*⁶⁸.

⁶⁷ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit.*, párr. 170-172.

⁶⁸ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, *ob cit.*, párr. 174-175. Artículo 5 de la Convención Americana, integridad personal, precisamente de reconocible similitud en su formulación, además, a nuestro propio artículo 15 CE, respecto a esa misma formulación positiva de la idea de integridad física mental y vida, que lleva a prohibir, en formulación negativa, el trato inhumano, escenificándose, hasta en la misma redacción, lo evidente de la doble convergencia entre la fórmula de tutela de uno y otro tratado Europeo-Americano, de nuestro texto interno español.

b) El «Derecho a la vida privada y familiar» de los familiares de los desaparecidos en el artículo 17 PIDCP.

Junto a todo ello, y en relación ya al derecho a la vida familiar, nos corresponderá referirnos, así mismo, al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a tomar en consideración junto al propio tenor literal del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques⁶⁹.

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

De este modo en el artículo 17 se prevé el derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación (...) este derecho debe estar garantizado respecto de todas esas injerencias y ataques, provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas. *Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho*⁷⁰.

⁶⁹ Igualmente y conforme al artículo 23.1, en términos más generales: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

⁷⁰ Vid Observación General No. 16, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988), pto. 1.

Y así, conforme señalará el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud de dicho Pacto Internacional: Los propios Estados Partes tienen el deber de abstenerse de injerencias incompatibles con el artículo 17 del Pacto y de establecer un marco legislativo en el que se prohíban esos actos a las personas físicas o jurídicas⁷¹.

Y de igual modo que ante la vulneración del artículo 7 nuestro caso de referencia será *Quinteros*, ante la violación del artículo 17 el caso de referencia será *Mónaco de Gallicchio*, en un supuesto, justamente, de niños víctima de desaparición forzada de la dictadura argentina y ante la pretendida alegación de la abuela de la niña sea del artículo 14 bis de la Constitución argentina, que garantiza la protección de la familia, así como, junto a dicho artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, la alegación de los artículos 23 y 24 del mismo. Y así, en palabras del Dictamen sobre el fondo del Comité de Derechos Humanos: En cuanto al derecho a la vida privada de Ximena Vicario y su abuela, es evidente que el secuestro de Ximena Vicario, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S. S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto. Esos actos constituyen asimismo violaciones del párrafo 1 del artículo 23 y de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 del Pacto. Sin embargo, esos actos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor para la Argentina, el 8 de noviembre de 1986 (1), del Pacto y del Protocolo Facultativo, por lo que el Comité no está en situación, *ratione temporis*, de dictar una decisión al respecto. Sin embargo, el Comité podría determinar que ha habido una violación al Pacto si se considerase que los efectos continuados de esas violaciones constituyen en cuanto tales violaciones al Pacto⁷².

⁷¹ Observación General 16, ob cit., pto. 9.

⁷² Pto. 10. 4, del Dictamen del Comité de Derechos Humanos ante el caso *Gallicchio*, ob cit.

Y así —y a diferencia de la ausencia de actuaciones en el caso español en defensa del derecho a la vida privada y familiar—, si bien el Comité reconoce la seriedad con que los tribunales argentinos trataron de reparar los daños infligidos a Ximena Vicario y su abuela, observará que la duración de las distintas actuaciones judiciales se prolongó por más de 10 años, y que algunas de esas actuaciones aún no se encuentran terminadas⁷³.

Y si —como ya hemos anticipado en cita de la Observación General 31— «si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes *a los efectos de la interpretación de los derechos del*

⁷³ «El Comité observa que las graves violaciones del Pacto cometidas por el régimen militar de la Argentina en el caso que nos ocupa han sido objeto de numerosas actuaciones ante los tribunales del Estado Parte, los cuales han defendido, en definitiva, el derecho a la vida privada y a la vida familiar de Ximena Vicario y de su abuela», pto. 10.4 del Dictamen del Comité; y todavía: «El Comité observa que, entretanto, Ximena Vicario, que tenía 7 años de edad cuando fue hallada, alcanzó la mayoría de edad (18 años) en 1994, y que no fue sino hasta 1993 que se reconoció oficialmente su identidad legal como Ximena Vicario. En las circunstancias concretas de este caso, el Comité estima que la protección de los niños que se estipula en el artículo 24 del Pacto exigía que el Estado Parte tomara medidas positivas para poner pronto y eficaz remedio a la difícil situación de Ximena Vicario. En este contexto, el Comité recuerda su Comentario General sobre el artículo 24, en el que recalca que todo niño tiene derecho a las medidas especiales de protección que requiere su condición de menor; tales medidas especiales complementan las medidas que los Estados están obligados a tomar en virtud del artículo 2 para garantizar a toda persona el goce de los derechos reconocidos en el Pacto. Teniendo presentes los sufrimientos que ya ha padecido Ximena Vicario, quien perdió a sus padres en circunstancias trágicas imputables al Estado Parte, el Comité concluye que las medidas especiales requeridas en virtud del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto no fueron aplicadas con prontitud por la Argentina, y que el no reconocimiento del derecho de la Sra. Mónaco a representar a su nieta en las actuaciones judiciales relativas a la tutela y los derechos de visita, así como la demora en establecer legalmente el verdadero nombre de la Srta. Vicario y en emitir documentos de identidad también constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 24 del Pacto, que tiene por objeto fomentar el reconocimiento de la personalidad legal del niño», pto. 10.5 del Dictamen del Comité de Derechos Humanos ante el caso Gallicchio, *ob cit.*

Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes»⁷⁴, con particular atención al caso de los niños perdidos del franquismo y de conformidad con instrumentos como los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*⁷⁵—cuyos deberes hacia los Estados han de resultarnos igualmente invocables desde los argumentos *ratione temporis* anteriormente expuestos dada la naturaleza permanente de la desaparición y de los padecimientos a los familiares—, entre otros⁷⁶, nos cabrá recordar la especial incidencia con que los principios 16, 17 y 20 de los mismos, entre otros instrumentos, habrían de ser valorados:

Principio 16. 1. Los desplazados internos tienen derecho a conocer el destino y el paradero de sus familiares desaparecidos.

2. Las autoridades competentes tratarán de averiguar el destino y el paradero de los desplazados internos desaparecidos y cooperarán con las organizaciones internacionales competentes dedicadas a esta labor. Informarán a los parientes más próximos de la marcha de la investigación y les notificarán los posibles resultados.

3. Las autoridades competentes procurarán recoger e identificar los restos mortales de los fallecidos, evitar su profanación o mutilación y facilitar la devolución de esos restos al pariente más próximo o darles un trato respetuoso

⁷⁴ Observación General 31, *ob cit.*, pto. 11, cursivas propias.

⁷⁵ Vid. *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998; Y todavía los puntos 7.2 y 10; Principio 7. 2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y *de que no se separa a los miembros de la misma familia*; Principio 10: «(...) Los desplazados internos estarán protegidos en particular contra: (...) d) las desapariciones forzadas (...)».

⁷⁶ No cabe olvidar aquí el alcance general, ante todo, del denominado derecho de Ginebra y las distintas obligaciones en materia de conflictos bélicos de carácter no internacional, los deberes de humanidad derivados del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, etc.; Valga lo mismo en relación a la *Cláusula Martens* de la Convención de la Haya, respecto la cual y su ratificación por España desde 1900 me remito sin más a mi análisis de la misma en mi monografía *El caso de los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, *ob cit.*, págs. 70 y ss.

4. Los cementerios de desplazados internos serán protegidos y respetados en toda circunstancia. Los desplazados internos tendrán derecho de acceso a los cementerios de sus familiares difuntos.

Principio 17. 1. Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida familiar.

2. Para dar efecto a este derecho, se respetará la voluntad de los miembros de familias de desplazados internos que deseen estar juntos.

3. Las familias separadas por desplazamientos serán reunidas con la mayor rapidez posible. Se adoptarán todas las medidas adecuadas para acelerar la reunificación de esas familias, particularmente en los casos de familias con niños (...)

Principio 20. 1. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Para dar efecto a este derecho, las autoridades competentes expedirán a los desplazados internos todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legítimos, tales como pasaportes, documentos de identidad personal, partidas de nacimiento y certificados de matrimonio. (...)

En particular, las autoridades facilitarán la expedición de nuevos documentos o la sustitución de los documentos perdidos durante el desplazamiento, sin imponer condiciones irracionales (...).

IV. Responsabilidad por «trato inhumano» y violación del «Derecho a la vida privada y familiar» de los allegados a la luz de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los pronunciamientos del TEDH.

a) El «trato inhumano» a los familiares de los desaparecidos en el artículo 3 CEDH.

Contemplado, por su parte, en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», varias habrán de ser las importantes puntualizaciones a suscitar a nuestros efectos a raíz de la praxis interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La pri-

mera de todas será el reconocimiento de su carácter *absoluto e incondicional*, su condición central al contemplar «uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que integran el Consejo de Europa»⁷⁷. El artículo 3 se encuentra incluido en el artículo 15.2 del Convenio, referido a las disposiciones no derogables de la Convención. Por ello, debe prevalecer incluso «en tiempos de guerra u otras emergencias públicas que amenacen la vida de la nación» (artículo 15.1 del Convenio). Además, a diferencia de otros derechos y libertades incluidos en el Convenio, el artículo 3 no permite limitaciones por ley en ninguna circunstancia, aunque se trate de razones de seguridad, orden público u otras causas⁷⁸.

Y así, en el caso *Irlanda contra el Reino Unido*, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa, cuyo criterio se vería refrendado después en el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmaría: «*Se desprende que la prohibición del artículo 3 es absoluta, y que no pueden presentarse en el contexto de la Convención, o en el Derecho Internacional, una justificación de actos que violentan tal disposición*»⁷⁹.

Partiendo pues de ello mismo, y una vez recibida en la jurisprudencia del Alto Tribunal la aludida doctrina *Quinteros* del Comité de Derechos Humanos en torno a la consideración del sufrimiento de las familias como trato inhumano, los resultados no podrían ser más contundentes —como hemos anticipado ya, en parte, al hacer referencia a la jurisprudencia de la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia Herzegovina basada en este mismo Convenio Europeo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—.

De este modo, desde el conocido fallo *Kurt contra Turquía* —y en plena coincidencia con la previa toma de postura de la Comisión

⁷⁷ *Soering contra Reino Unido*, 7 de julio de 1989, párr. 88.

⁷⁸ Vid. *El artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales (CEDR)*, pto. 4.2, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2370.pdf>.

⁷⁹ *Idem*.

de Derechos Humanos— se señalaría: *La Comisión consideró que la incertidumbre, duda y aprensión sufrida por la recurrente durante un prolongado y continuo periodo de tiempo le causó un severo sufrimiento mental y angustia. Teniendo en consideración respecto a tales conclusiones que la desaparición de su hijo fue imputable a las autoridades la Comisión entendió que ella había sido objeto de trato inhumano y degradante dentro del ámbito del artículo 3*⁸⁰.

Pero el reconocimiento de la posibilidad de calificar dicho sufrimiento acarreado a los seres queridos como trato inhumano bajo la convención no implicará tampoco —al menos actualmente— que en todo caso de desaparición forzada quepa considerar automáticamente la existencia de trato inhumano respecto los familiares y, por tanto, una vulneración autónoma por parte del Estado del artículo 3 del Convenio Europeo; y así en *Tas contra Turquía* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos matizará todavía: *El caso Kurt no establecerá, sin embargo, ninguna suerte de principio general de que todo miembro de la familia de una «persona desaparecida» resulte por tanto víctima de un tratamiento contrario al artículo 3. Que un miembro de la familia sea considerado como una tal víctima dependerá de la existencia de factores especiales, que otorguen al sufrimiento del demandante una dimensión y carácter distintos, respecto el sufrimiento emocional que pueda ser considerado como inevitablemente causado a los seres queridos de la víctima de una grave violación de los derechos humanos.*⁸¹

⁸⁰ *Kurt contra Turquía*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1998, párr. 131; Así, conforme el Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»; Vid. así mismo más ampliamente el epígrafe 4.a) del capítulo cuarto, «El sufrimiento de una vida a la espera como trato inhumano determinante de la posición jurídica de víctima de los familiares» en: RODRÍGUEZ ARIAS, M.A. (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

⁸¹ *Tas contra Turquía* de 14 de noviembre de 2000, párr. 79.

Y así, por ejemplo en el reciente fallo *Luluyev y otros contra Rusia* se señalará que al margen de la propia violación del artículo 2 —derecho a la vida— respecto al desaparecido *si un periodo de desaparición inicial es largo puede dar lugar en ciertas circunstancias a una consideración separada del artículo 3*⁸²; y así se constatará dicho sufrimiento relevante en un periodo de 10 meses de incertidumbre en torno al paradero⁸³.

Y de este modo, todavía en *Luluyev y otros contra Rusia*: La Corte reitera que la cuestión de cuándo un familiar puede demandar ser víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 dependerá de la concurrencia de factores especiales que dan al sufrimiento del recurrente una dimensión y carácter distinto de la desazón emocional que puede ser entendido como inevitablemente causado a los parientes de una víctima de una violación grave de los derechos humanos. Los elementos relevantes incluirán la proximidad de la relación familiar —habrá de darse un peso cierto al vínculo paterno-filial en dicho contexto— las particulares circunstancias de la relación, la medida en la que el miembro de la familia presencié los hechos, la implicación del miembro de la familia en el intento de obtener información sobre la persona desaparecida y la forma en la que las autoridades respondieron a tales investigaciones (...) Más allá de ello la Corte quiere enfatizar que la esencia de una tal violación no reside principalmente en el hecho de la «desaparición» del miembro de familia sino más bien concierne a la reacción y actitud de las autoridades ante la situación cuando es suscitada su atención sobre ello. Especialmente en cuanto a la tardanza con la que un pariente pue-

⁸²*Caso Luluyev y otros contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2007, párr. 114, en remisión a su vez al caso Gongadze contra Ucrania, *ob cit*, párr. 184-186.

⁸³*In the present case, the news about Nura Luluyeva's death had been preceded by a 10-month period when she was deemed disappeared and during which the investigation into her kidnapping was being conducted. The Court is thus faced with a situation in which there exists a distinct period during which the applicants sustained uncertainty, anguish and distress characteristic to the specific phenomenon of disappearances* Idem, párr. 115.

da reclamar directamente el hecho de ser víctima de la conducta de las autoridades⁸⁴.

Con todo, en el caso Chipre contra Turquía se recogerá la misma línea interpretativa en torno a la necesidad de la concurrencia de factores especiales que llegará hasta el aludido fallo Luluyev, como hemos visto, pero se aportará todavía un nuevo factor adicional igualmente reconocible en el caso español, y que, de hecho, vendrá a ser considerado como prevalente a los demás para cualificar un tal sufrimiento incluso respecto a familiares que no hubiesen sido testigos presenciales, o que no hubiesen tenido una especial implicación en las posteriores tareas de búsqueda e investigación: la ausencia de toda investigación en conexión al propio contexto o escala sobrecogedora de las propias desapariciones que adquirirá un carácter masivo superándose las 1500 víctimas, y que no puede sino poner inmediatamente perspectiva la ausencia de dicha misma investigación por parte de nuestras propias autoridades nacionales ante los más de 150.000 desaparecidos de las fosas y del indeterminado número

⁸⁴ *Caso Luluyev y otros contra Rusia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2007, párr. 111; en el mismo sentido vid. *Timurtas contra Turquía*, Sentencia de 13 de Junio de 2000, párr. 95; al tiempo que igualmente en *Tas contra Turquía*, dónde, retomando la cuestión de la relación materno-filial abordada en el caso Kurt, reiterará: «*The Court observes that in the Kurt case (Kurt v. Turkey judgment of 25 May 1998, Reports 1998-III, pp. 1187-88, §§ 130-34), which concerned the disappearance of the applicant's son during an unacknowledged detention, it found that the applicant had suffered a breach of Article 3 having regard to the particular circumstances of the case. It referred particularly to the fact that she was the mother of a victim of a serious human rights violation and herself the victim of the authorities' complacency in the face of her anguish and distress*», *Tas contra Turquía*, sentencia de 14 de noviembre de 2000 párr. 79; igualmente entre la jurisprudencia reconocible en sede del TEDH igualmente interesante resultará el voto particular del juez Costa, que expresará su desacuerdo respecto el hecho de no haber reconocido la equivalencia entre el tormento producido al recurrente por el secuestro y muerte de su propio hermano ante la indiferencia de las autoridades y el trato inhumano, en el sentido del artículo 3 de la Convención, y en este caso se tratará de «indiferencia» e inacción por si misma considerada ya que el cuerpo aparecería a la semana de la desaparición forzada, abandonado en los alrededores del cementerio local y con evidentes signos de tortura, vid. *Celikbilek contra Turquía*, Sentencia de 31 de Mayo 2005.

de niños perdidos; sumado a las circunstancias especiales ya antes reseñadas las consecuencias en relación a la aplicabilidad del artículo 3 del Convenio Europeo a nuestros efectos resultarán, por tanto, evidentes en un posicionamiento que nos resultará, por lo demás, de extraordinaria relevancia a la vista de nuestro propio caso español⁸⁵.

Simplemente: tan contundente dimensión del artículo 3 del Convenio Europeo interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede continuar siendo desatendida por nuestras autoridades nacionales en la interpretación del ámbito de tutela del artículo 15 de nuestra Constitución y la prohibición de todo trato inhumano. La apreciación de la particular escala de las matanzas y desapariciones, mucho más escalofriante de hecho en el caso español, desbordará incluso la exigencia de la concurrencia de determinados requisitos en Kurt.

⁸⁵ En palabras de la Corte: «*The Court observes that the authorities of the respondent State have failed to undertake any investigation into the circumstances surrounding the disappearance of the missing persons. In the absence of any information about their fate, the relatives of persons who went missing during the events of July and August 1974 were condemned to live in a prolonged state of acute anxiety which cannot be said to have been erased with the passage of time. The Court does not consider, in the circumstances of this case, that the fact that certain relatives may not have actually witnessed the detention of family members or complained about such to the authorities of the respondent State deprives them of victim status under Article 3. It recalls that the military operation resulted in a considerable loss of life, large-scale arrests and detentions and enforced separation of families. The overall context must still be vivid in the minds of the relatives of persons whose fate has never been accounted for by the authorities. They endure the agony of not knowing whether family members were killed in the conflict or are still in detention or, if detained, have since died. The fact that a very substantial number of Greek Cypriots had to seek refuge in the south coupled with the continuing division of Cyprus must be considered to constitute very serious obstacles to their quest for information. The provision of such information is the responsibility of the authorities of the respondent State. This responsibility has not been discharged. For the Court, the silence of the authorities of the respondent State in the face of the real concerns of the relatives of the missing persons attains a level of severity which can only be categorised as inhuman treatment within the meaning of Article 3. For the above reasons, the Court concludes that, during the period under consideration, there has been a continuing violation of Article 3 of the Convention in respect of the relatives of the Greek-Cypriot missing persons*», Caso Chipre contra Turquía, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de Mayo 2001, párr. 157-158.

Y en muy parecidos términos volvería a pronunciarse todavía la más reciente de las sentencias del Alto Tribunal Europeo en la materia, *Varnava y otros contra Turquía*, de 10 de enero de 2008, dónde tras retomarse el posicionamiento del caso Chipre contra Turquía, se reiteraría igualmente: *The silence of the authorities of the respondent State in the face of the real concerns of the second applicants, relatives of the nine missing men, attains a level of severity which can only be categorised as inhuman treatment within the meaning of Article 3. It therefore concludes that, during the period under consideration, there has been a continuing violation of Article 3 of the Convention in this respect*⁸⁶.

Es en dicho específico contexto de masividad surgido de la jurisprudencia Chipre que adquirirá especial relevancia, además, la última jurisprudencia evolutiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Lyanova y Aliyeva contra Rusia* y *Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*, de 6 de Abril de 2009, y *Takbayeva y otros contra Rusia*, de 26 de enero de 2009, en cuyo análisis de los factores determinantes de la existencia de un «trato inhumano» prohibido por el artículo 3 del Convenio el Alto Tribunal referirá expresamente como elemento de juicio el del previo cumplimiento, o no, de los deberes de «investigación oficial efectiva e independiente» por parte de las autoridades del Estado conforme se deriva de la vertiente procesal del artículo 2, y que en los tres casos se entenderán incumplidos («*Court's findings under the procedural aspect of Article 2 are also of direct relevance here*»). En ausencia de una «investigación oficial efectiva e independiente» por parte de nuestras autoridades nacionales, y en presencia de una ley «de la memoria» que, de hecho, delega toda esta cuestión en particulares y asociaciones, dicho criterio jurisprudencial se suma a los otros criterios concurrentes apuntados en nuestro escrito de febrero, convergiendo en la apreciación del «trato inhumano» existente a los familiares de

⁸⁶ *Varnava y otros contra Turquía*, ob cit., párr.138.

los desaparecidos del franquismo. En el análisis de conjunto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso Kurt, tales tres nuevas sentencias que aquí adjunto suponen una profundización en el concepto de «trato inhumano» inaceptable en nuestro continente, y explicita plenamente la íntima relación existente entre la vulneración del artículo 2 y del artículo 3 del Convenio Europeo ante casos de desapariciones forzadas: entre la violación de los derechos fundamentales de la víctima directa de la desaparición y de las víctimas indirectas que son su entorno familiar.

No emprender una «investigación oficial efectiva e independiente» es someter al entorno familiar a un sufrimiento mental y una angustia derivado de la incertidumbre y el desconocimiento de la verdad de lo acaecido con su ser querido, constitutivo de trato inhumano conforme el artículo 3 del Convenio Europeo; sufrimiento éste diferenciable, adicional, al propio sufrimiento «inevitable» a la propia ejecución del ser querido (*«a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of a serious human-rights violation»*).

En *Lyanova y Aliyeva contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento de la suerte del paradero del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 8 años (párr. 117).

En *Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento de la suerte del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 5 años (párr. 88).

En *Takhayeva y otros contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento de la suerte del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 4 años (párr. 102).

Cifras todas estas que no tienen parangón con el completo abandono de los deberes de «investigación oficial efectiva e independiente» durante décadas por parte de nuestras autoridades.

Más aún, y en otra nueva sentencia igualmente valiosa y novedosa en la jurisprudencia de Estrasburgo, *Khadzhibaliyev y otros contra Rusia*, también de 6 de abril de 2009 y relativa a otro caso de desapariciones en Chechenia, el Alto Tribunal Europeo entenderá ahora que incluso en un caso de breve periodo de desaparición —en el que fueron hallados los restos mortales de los desaparecidos tan sólo 4 días después, supuesto en el que se había venido rechazando la aplicabilidad autónoma del artículo 3, reconducido el conjunto del injusto hacia el artículo 2—, la prolongada imposibilidad posterior de proceder a un enterramiento adecuado durante casi 6 años será, en si mismo, constitutivo de un profundo y continuo sufrimiento más allá del inevitablemente causado con la propia causación de la muerte del ser querido, diferenciable del primero y por si mismo constitutivo de una violación autónoma del artículo 3 del Convenio Europeo como «trato inhumano»⁸⁷.

Por ello mismo —y como ya hemos abordado en virtud del artículo 10.2 de nuestra Constitución dicha nueva doctrina interpretativa del Tribunal Europeo en torno a lo que cabe considerar como «trato inhumano», contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en casos de desapariciones y ejecuciones extrajudiciales— nada de ello puede sernos desconocido a la hora de interpretar el contenido

⁸⁷ En cita literal del Tribunal Europeo: «(...) *Nonetheless, in order to decide whether there has been a violation of Article 3 of the Convention in respect of the applicants, the Court deems it necessary to pay attention to the following. Ramzan and Rizvan Khadzhibaliyev's corpses were dismembered and decapitated. Only some of their fragments were discovered, while the missing parts have not been found to date. For almost six years the applicants have been unable to bury the dead bodies of their loved ones in a proper manner, which in itself must have caused their profound and continuous anguish and distress. The Court thus considers in the specific circumstances of this case the moral suffering endured by the applicants has reached a dimension and character distinct from the emotional distress which may be regarded as inevitably caused to relatives of a victim of a serious human-rights violation (...)* In view of the above, the Court finds that there has been a breach of Article 3 of the Convention in respect of the applicants». Vid. *Khadzhibaliyev y otros contra Rusia*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de Abril de 2009, párrs. 121-122.

jurídico de toda forma de «trato inhumano» igualmente prohibida por el artículo 15 de nuestra propia Constitución interna; con especial consideración al hecho mismo de que, además, en nuestro caso nacional, y en términos de valoración del injusto jurídico, dicha «profunda angustia» de los familiares constitutiva de «trato inhumano» y derivada de la imposibilidad de dar una adecuada sepultura a sus desaparecidos no se ha prolongado «durante casi 6 años», sino, *durante más de 60*, mientras en nuestro país se continúa sin proceder a la «investigación oficial efectiva e independiente» de todos los casos de los que se tenga noticia, sin tardanza y por propia iniciativa de nuestras autoridades —notas exactas que caracterizan dicho deber del Estado—, el desamparo de las familias en nuestro país, continua siendo completo.

b) La cuestión del «Derecho a la vida privada y familiar» de los familiares de los desaparecidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Junto a esto, y si bien una vez reconocida la existencia del sufrimiento y efectos adversos para la vida familiar en términos incompatibles con el artículo 3 del Convenio el Tribunal Europeo entenderá habitualmente como innecesario entrar a pronunciarse *además* respecto la violación del artículo 8 propiamente dicho —derecho a la vida privada y familiar de los mismos—⁸⁸, interesa todavía destacar aquí las especiales implicaciones de dicho artículo 8 en el concreto caso de los *niños perdidos del franquismo*; en especial habida cuenta de cómo, en todo caso, la específica cuestión de la desaparición forzada infantil no ha venido siendo todavía materia de examen en el seno de la jurisprudencia del Alto Tribunal.

⁸⁸ Vid. por todos *Cyprus*, en cuyo párr. 161 se sostendrá: «*The Court agrees with the Commission's approach. In view of its conclusion under Article 3, with its emphasis on the effect which the lack of information had on the families of missing persons, it finds it unnecessary to examine separately the complaints which the applicant Government have formulated in terms of Articles 8 and 10 of the Convention.*»

En todo caso, ya en otros pronunciamientos como *Gul contra Suiza* se sostendría como, en línea de principio, y en virtud del artículo 8 «(...) un hijo nacido de la unión marital resulta ipso jure de esa relación; en consecuencia, desde el momento del nacimiento del niño y precisamente por ese mismo hecho, surge entre el y sus padres un vínculo que constituye la «vida familiar», la cual no puede quebrantarse por eventos sucesivos que pueden tomar lugar (...)»⁸⁹.

Y ello mismo habrá de ser reexaminado, además, prestando toda atención a las particulares notas diferenciadoras en el caso de los *niños perdidos del franquismo* (en nuestro caso *perdidos*, en tanto que víctimas de un crimen de desaparición forzada y que toda adopción derivada del mismo ha de ser tenida por nula a la luz del ya aludido artículo 24 de la nueva Convención de Naciones Unidas contra las Desapariciones Forzadas), a la luz de la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el caso *Odièvre contra Francia*, de 13 de febrero de 2003, en el que a través del artículo 8 la recurrente tratará de actuar su *derecho a la verdad* acerca del propio origen —no olvidemos a este respecto tampoco, ya en nuestro propio ámbito interno, la novedosa y reciente consagración del derecho a conocer los propios orí-

⁸⁹ *Gul contra Suiza*, sentencia de 19 de febrero de 1996, párr. 32; Y todavía, en *Marck contra Bélgica*, de 27 abril de 1979, párr. 45: «(...) la vida familiar, en el sentido del artículo 8, incluye al menos los vínculos entre los familiares cercanos, por ejemplo, los existentes entre los abuelos y los nietos, ya que tales familiares podrían jugar un papel importante en la vida familiar».

⁹⁰ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE n. 312 de 29/12/2007, págs. 53676 – 53686; «Artículo 12. *Derecho a conocer los orígenes biológicos*. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin. Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto

genes biológicos ex artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional⁹⁰— solicitando el levantamiento del secreto sobre el origen de su nacimiento, a fin de que la autorizasen a acceder a todos los documentos, incluyendo el acta de nacimiento completa, y ello frente a la ley francesa de 1993 que prohíbe el levantamiento del secreto sobre la identidad de la madre.

Y así en palabras del Tribunal Europeo en *Odièvre contra Francia*: *The expression «everyone» in Article 8 of the Convention applies to both the child and the mother. On the one hand, people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life. The child's vital interest in its personal development is also widely recognised in the general scheme of the Convention (see, among many other authorities, Johansen v. Norway, judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, p. 1008, § 78; Mikulić, cited above, § 64; and Kutzner v. Germany, no. 46544/99, § 66, ECHR 2002-I). On the other hand, a woman's interest in remaining anonymous in order to protect her health by giving birth in appropriate medical conditions cannot be denied (...)*⁹¹.

Esto es, en un contexto de adopciones llevadas a cabo en el caso francés dentro de la legalidad —y no en términos criminales de la máxima gravedad reconocida por el derecho como es la *lesa humanidad*, y por ello mismo imprescriptibles tales conductas y nulos de pleno derecho sus efectos— y frente a la implícita negativa de la propia madre biológica a revelar su verdadera identidad al amparo de dicha misma legalidad, del todo ausente en el caso español, cabrá entender el fallo contrario a la pretensión de la recurrente; en presencia por tanto, en

a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia. Las Entidades colaboradoras que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor».

⁹¹ *Caso Odièvre contra Francia*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003, párr. 44.

el caso francés, de dos intereses privados, y no ya de un tercer interés público en la interrupción de una situación permanente de desaparición forzada, no digamos ya de tutela de los derechos de los familiares a la búsqueda de su ser querido ilícitamente arrebatado por la fuerza por parte de agentes del Estado⁹².

Es así que examinada la muy distinta naturaleza de los postulados de base del caso a examen francés, y del caso aún pendiente español, creemos plenamente cuestionable, por tanto, que la todavía vigente ausencia de regulaciones y mecanismos para garantizar el derecho a conocer sus orígenes biológicos en nuestro propio caso de los niños perdidos del franquismo quepa ser defendible, sin más, en nombre del consabido «margen de apreciación» por parte de los Estados miembros

⁹² De hecho nuevamente y conforme el mismo punto 44 la Corte señalará: «(...) *In addition to that conflict of interest, the problem of anonymous births cannot be dealt with in isolation from the issue of the protection of third parties, essentially the adoptive parents, the father and the other members of the natural family. The Court notes in that connection that the applicant is now 38 years old, having been adopted at the age of four, and that non-consensual disclosure could entail substantial risks, not only for the mother herself, but also for the adoptive family which brought up the applicant, and her natural father and siblings, each of whom also has a right to respect for his or her private and family life*», caso *Odièvre contra Francia*, *idem.*; pero en el caso español será justamente la familia natural, además de la propia madre, la que inste a la localización de su ser querido arrebatado.

⁹³ Y así, siguiendo con *Odièvre contra Francia* «*In addition, while preserving the principle that mothers may give birth anonymously, the system recently set up in France improves the prospect of their agreeing to waive confidentiality, something which, it will be noted in passing, they have always been able to do even before the enactment of the law of 22 January 2002. The new legislation will facilitate searches for information about a person's biological origins, as a National Council for Access to Information about Personal Origins has been set up. That council is an independent body composed of members of the national legal service, representatives of associations having an interest in the subject matter of the law and professional people with good practical knowledge of the issues. The legislation is already in force and the applicant may use it to request disclosure of her mother's identity, subject to the latter's consent being obtained to ensure that her need for protection and the applicant's legitimate request are fairly reconciled. Indeed, though unlikely, the possibility that the applicant will be able to obtain the information she is seeking through the new Council that has been set up by the legislature cannot be*

en relación a la implementación y tutela de los distintos derechos del Convenio Europeo⁹³.

Y por ello mismo entiendo que en el caso de los *niños perdidos del franquismo*, concurrentes en la actualidad claras expectativas de vida biológica de los niños arrebatados y de sus hermanos y en un puñado de casos hasta de sus madres, junto a la propia dimensión del sufrimiento de los familiares por la incertidumbre del paradero del desaparecido común a todos los casos, el debido cese de la injerencia ilícita de nuestras autoridades en la vida familiar de estas víctimas ex artículo 18 de nuestra propia Constitución interna —injerencia primero activa en el momento de la perpetración por los propios agentes del Estado, después omisiva en la tolerancia de la continuación de sus efectos ilícitos permanentes durante varias décadas— ha de mostrarse como de especial relevancia.

V. Conclusiones: nuevas perspectiva de acción nacional-internacional ante la violación autónoma del «derecho a la vida familiar» y el «trato inhumano» a los familiares de los desaparecidos del franquismo.

Resulta difícil sistematizar aquí la redimensión de toda la cuestión de los desaparecidos del franquismo que puede suponer la entrada en escena del «trato inhumano» y el «derecho a la vida familiar» de los desaparecidos a la vista de todo lo anterior. Sea en lo nacional que en lo internacional. Su extensión es tal que, necesariamente, ya en la recta final de este artículo, serán recogidas a modo de núcleos de futuros desarrollos:

excluded. The French legislation thus seeks to strike a balance and to ensure sufficient proportion between the competing interests. The Court observes in that connection that the States must be allowed to determine the means which they consider to be best suited to achieve the aim of reconciling those interests. Overall, the Court considers that France has not overstepped the margin of appreciation which it must be afforded in view of the complex and sensitive nature of the issue of access to information about one's origins, an issue that concerns the right to know one's personal history, the choices of the natural parents, the existing family ties and the adoptive parents. Consequently, there has been no violation of Article 8 of the Convention», caso Odièvre contra Francia, ob cit., párr. 44.

1. En primer lugar, y recapitulando a la vista del análisis realizado, nos cabe sostener que nuestras autoridades nacionales están dispensando un trato contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y así, sin perjuicio de la adicional verificación de la concurrencia de los distintos factores a valorar requeridos por *Tas contra Turquía* y *Luluyev y otros contra Rusia* (del concreto grado e relación familiar, a los esfuerzos concretos realizados en la localización o el haber sido testigo presencial de los hecho entre otros), en la generalidad de los casos de los desaparecidos españoles nos cabrá tomar en consideración la común concurrencia de:

a) El criterio de cualificación general derivado del propio contexto o escala sobrecogedora de las desapariciones —subsanador incluso de la carencia de algunos de los requisitos particulares aludidos (*Chipre contra Turquía* y *Varnava y otros contra Turquía*)—.

b) La progresiva toma en consideración en cuanto al trato inhumano del propio incumplimiento de los deberes de «investigación oficial efectiva e independiente» del artículo 2 del Convenio en el sentido de las últimas sentencias del Tribunal Europeo en relación de los casos de las fosas comunes chechenas (*Takhayeva y otros contra Rusia*, *Lyanova y Aliyeva contra Rusia*, *Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*), completamente omitida esta, más aún dificultada, con la anómala fórmula resultante de nuestra ley «de la memoria»; habiéndose llegando incluso, en alguna de las instancias territoriales post inhibición, a dejar de lado tales deberes de investigación, dando por satisfechos los mismos con una genérica remisión a la ley y los convenios de cooperación entre administraciones (así el auto de 29 de baril del juzgado de instrucción 2 de Porriño). A este último respecto habrá que reseñar, por tanto, la redimensión autónoma, de una especial intensidad, que ha de conllevar todo ello en los términos del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos más allá de la habitual alegación de indefensión; y no debería ser olvidada, tampoco, el complementario rol de la sentencia

Martínez Sala contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde ya se nos diría que ante alegaciones de trato inhumano contrario al artículo 3 en su sentido material, la inhibición en la investigación oficial efectiva de dichas alegaciones puede suponer, por sí misma, una violación procesal del artículo 3, apuntándose por tanto así una lógica paralela de evolución de toda esta materia a la del progresivo surgimiento de la distinción entre violación material y procesal del artículo 2 del Convenio Europeo.

c) El igualmente reseñable, y reciente, posicionamiento del Alto Tribunal en *Khadzhaliyev y otros contra Rusia*, ampliando en esta ocasión la noción de causación de sufrimientos a los familiares contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo en ausencia de la imposibilidad de dar un adecuado y digno enterramiento de los restos mortales en las particulares circunstancias del caso, prolongado durante casi seis años —no setenta— verdadera antesala de toda una previsible ampliación del espacio aplicativo del artículo 3 junto al previamente aplicado; confirmando además, nuevamente, por si cabía alguna duda, los malos vientos que soplan desde Estrasburgo para todo lo que se persiste en omitir por parte de nuestras propias autoridades nacionales.

d) La especial duración de los padecimientos del «mal vivir *a la espera*», *durante varias décadas, en todos los casos*; así como, en casos concretos, el especial desvalor jurídico, lamentablemente ya en demasiados supuestos, de la cualificación del sufrimiento desde el «trato inhumano» hacia la propia cualificación como «tortura» del «mal morir *en la espera*» conforme abordé ya en mi previa monografía en torno al caso de los niños perdidos como crimen contra la humanidad. Cuestiones estas que, aún no habiendo sido tratadas específicamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de encontrar en todo caso encaje en el sentido de la jurisprudencia evolutiva y la apertura de la noción de trato inhumano —incluso de tortura como calificación intensificada de ese *mal morir* más allá de la compasión del Estado— ha-

cia hechos de una «especial infamia» que causen «sufrimientos graves y crueles», evocada por *Selmouni contra Francia*.

2. Hablar de la violación del artículo 3 por «trato inhumano», dada la especial posición —carácter «absoluto»— y alcance, que le atribuye el sistema del Convenio Europeo al mismo es hablar de algo de una extraordinaria gravedad. Que da lugar, por ello mismo, a la posibilidad de indagar en el posible uso de ello mismo respecto mecanismos específicos de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asociados al artículo 3 en la práctica jurisprudencial y que, hasta ahora, en ausencia de una tal autónoma toma en consideración de dicho artículo, no habían sido acaso por ello suficientemente tomados en consideración. Y más aún en conexión a lo apenas apuntado respecto el riesgo cierto de ese adicional sufrimiento en el mal morir, tras el ya padecido a lo largo de toda una vida a la espera, y cuya evitación tras todo lo acaecido debiera ser la mínima responsabilidad que el sistema de tutela de derechos fundamentales debiera, al menos, ser capaz de ahorrarles a estas víctimas. Me refiero por tanto aquí a las posibilidades *excepcionales* de admisión a trámite por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *sin el previo agotamiento de los recursos internos nacionales*, en especial en presencia de *riesgo de daño irreparable al peticionario de seguirse la tramitación ordinaria nacional con pocas expectativas razonables de éxito*; y de una paralela activación junto a la propia actuación inicial, de las *medidas provisionales* previstas en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal *con miras al interés de las partes o para la conducción apropiada del procedimiento en trámite*.

Tal riesgo de daño, ya irreparable, sería precisamente el caso concreto, a mi juicio, de los familiares de los desaparecidos del franquismo que están muriendo en la impunidad y abandono de nuestras autoridades. Muy especialmente a la luz de las reflexiones ya abordadas en otro lugar en torno a la posible cualificación de la figura del trato inhumano hacia la tortura más allá del sufrimiento de una vida a la espera ante supuestos

de mal morir. Dicha situación inaceptable —incomprensible— tolerada por parte de nuestro Estado constitucional incita, por tanto, a vencer la prudencia que siempre ha de presidir el recurso a mecanismos jurídicos extraordinarios y abogar aquí por los mismos.

3. Al mismo tiempo hablar de miles de casos de familiares como posibles sujetos pasivos de una actuación del Estado calificable como contraria al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles nos ha de llevar igualmente a la toma en consideración de posibles actuaciones ante el *Comité contra la Tortura de Naciones Unidas*, dentro de sus funciones de *vigilancia de la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, y en relación a las situaciones del trato inhumano a los familiares de los desaparecidos del franquismo por parte del Estado español, de conformidad con la jurisprudencia analizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto como a la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como apunté igualmente en mi monografía sobre los niños perdidos; y ello sea en términos individuales de las víctimas concretas como colectivo de las propias asociaciones presentando un informe ante el mismo y pidiendo la elaboración de una investigación especial sobre la situación de los desaparecidos y sus familias en España.

4. Por otra parte, la toma en consideración del «derecho a la vida familiar» que, a mi juicio, hasta ahora no ha venido siendo objeto de la atención jurídica que mereciera ante la desaparición forzada de personas —salvo en lo apuntado con el caso *Srebrenica* tomado de referencia— una vez ya apreciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la violación del artículo 3, nos abre la puerta a otro nuevo espacio de investigación a la búsqueda de soluciones jurídicas aplicativas ante toda esta cuestión: las perspectivas aplicativas del denominado derecho de reagrupación familiar ante los casos de los desaparecidos del franquismo (con particular atención respecto a los *niños perdidos*) y, más ampliamente, en

el terreno del crimen de desaparición forzada tan poco analizado todavía a pesar de su extraordinaria complejidad e implicaciones derivadas de la especificidad, y excepcionalidad, de su arquitectura jurídica poliédrica, en insospechada conexión aquí y allá con distintos aspectos de nuestro ordenamiento. Este se nos muestra, a mi parecer, como uno de ellos.

De hecho es obligado reseñar cómo ningún caso de desaparición forzada infantil ha sido suscitado todavía a la atención del Tribunal Europeo y tratándose de «desaparecidos en vida» (con razonables expectativas de vida biológica), es previsible que la cuestión de las posibilidades de recuperación de tales vínculos familiares en términos *restitutivos* frente a la injerencia ilegítima originaria adquiera una relevancia y autonomía propia —como parte esencial del deber del Estado— más allá de la mera calificación del conjunto de sufrimientos emocionales como trato inhumano y que lo había venido subsumiendo todo.

5. Así las cosas, el análisis precedente, nos lleva a recapitular, por tanto, que a los efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el anómalo sistema de «auto-restitutio» familiar de la Orden de Franco de 1940 reintroducido en nuestro ordenamiento por la ley «de la memoria», no resulta contrario «únicamente» a las obligaciones internacionales contraídas por España en virtud de los artículos 2 y 13 de dicho instrumento internacional, como ya habíamos abordado en nuestro último trabajo en *Jueces para la Democracia*, sino también de los artículo 3 y 8 como acabamos de tratar de mostrar.

6. Ya en el plano interno todo ello ha de determinar, en primer lugar la afectación de los artículos 15 y 18.1 de nuestra Constitución, en virtud de los efectos interpretativos internos determinados por el propio artículo 10.2 de la misma y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional analizado. Ello abre a su vez dos nuevas perspectivas de actuación en el orden interno:

a) En primer lugar el recurso a la intervención del Defensor del Pueblo de España, no ya respecto la situación o derechos de los desapa-

recidos en torno a los que se centran las actuales actuaciones penales en curso, sino en términos no jurisdiccionales en torno a las competencias que le son reconocidas por su Ley Orgánica (3/1981 de 6 de abril) para la tutela de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, que es donde se encuentran los artículos relativos a los derechos fundamentales de los familiares aquí analizados.

b) Igualmente, y una vez establecida la paralela afectación del Derecho Fundamental a la vida familiar otra posible vía a analizar podría serlo dentro del ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y todo el abanico de posibilidades abierta por la misma incluida la sustanciación por la vía procesal extraordinaria y urgente prevista en el artículo 53.2, de la Constitución y la propia posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la violación de tales derechos.

Artículo Primero.

Uno. El Derecho Fundamental al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

Tres. El Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen es irrenunciable, inalienable e *imprescriptible*. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta Ley.

Artículo Noveno.

Uno. *La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el*

procedimiento previsto en el artículo 53.2, de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. *La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima,* así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (...)⁹⁴

*El plazo de cuatro años para el ejercicio de tales acciones al que se refiere el apartado quinto del mismo artículo*⁹⁵, habrá de quedar referido a la entrada en vigor de la nueva ley «de la memoria», mediante la que, defraudando todas las expectativas que la misma había generado al respecto, vendrá a introducir la definitiva inhibición *de iure* de las obligaciones de «investigación oficial efectiva» por parte del Estado en incumplimiento de sus obligaciones.

c) Una última perspectiva de actuación interna derivada de la toma en consideración de la posible existencia de tratos inhumanos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo —y que habrá de ser, al menos, final-

⁹⁴ Idem; Más aún a la vista del artículo cuarto del mismo: **Artículo Cuarto.** Uno. El ejercicio de las acciones de Protección Civil del Honor, la Intimidad o la Imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

⁹⁵ Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

mente apuntada aquí por complitud, y dadas las interesantes cuestiones jurídicas que plantea para su estudio— sería aquella de la posible toma en consideración de los supuestos de los artículos 174 y 176 del Código penal respecto nuestras autoridades, y la expresa toma en consideración, a la luz de dichos artículos, de la fórmula *omisiva* de perpetración (no impedir tales padecimientos faltando a los deberes de su cargo), en tanto que no cabe olvidar que nuestro Código penal no únicamente tipifica la tortura como método para la obtención de información sino, también, el sufrimiento mental «*por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*» —en conexión al anómalo trato diferenciado dado una y otra vez a los desaparecidos del franquismo por parte de nuestro ordenamiento— «*que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales... o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral*»; siendo obligado tener presente a este respecto las nuevas formulas de responsabilidad penal de autoridades gubernamentales y judiciales ante el incumplimiento del deber de investigar efectivamente toda presunta desaparición forzada invocada en la Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas ⁹⁶. Esto último representa, en si mismo, toda una nueva línea de investigación cuyos resultados puede llevar a nuevas perspectivas de lucha a la impunidad en nuestro país de evidente relevancia a la vista de la anómala actuación de nuestros máximos mandatarios ajena, por completo, a toda la jurisprudencia internacional e instrumentos de derechos humanos aquí ampliamente analizados.

⁹⁶ Y así, conforme a su punto 10.3.8. «El incumplimiento del deber de investigar efectivamente toda presunta desaparición forzada debe constituir un crimen independiente conminado con una pena adecuada. El ministro y/o el jefe de departamento responsable de las investigaciones deben ser hechos responsables bajo la ley penal por dicho incumplimiento», con todas las cuestiones a desarrollar y a tomar en cuenta al respecto que se quieran, pero sin olvidar tampoco la significación de un tal llamamiento por parte del Consejo a los Estados miembro.

CONCLUSIONES SOBRE LA MEMORIA HISTORICA EN ESPAÑA

Reconociendo que cada país hace frente a su propia memoria histórica, MEDDEL ha aprobado la siguiente declaración acerca de la situación española:

Las políticas de la «memoria» desarrolladas actualmente en España no han puesto todavía remedio integral a la situación de abandono y vulneración de los derechos humanos de los miles de desaparecidos por la represión franquista y sus familiares.

Hay que subrayar la obligación de los Estados de emprender *por propia iniciativa de sus autoridades* (y no de los familiares o asociaciones privadas) una «*investigación oficial efectiva e independiente*» en todos los casos de desaparición forzada de los que se tenga noticia. Esta obligación se desprende de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y ha sido reafirmada por jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y recientemente reiterada en los casos de las fosas comunes en Chechenia. Consideramos este deber especialmente reforzado en los supuestos que presentan, como en España, un carácter masivo y donde se ha producido la participación de los agentes del Estado instaurado con la guerra civil.

Queremos llamar la atención sobre el hecho de que la «ley de la memoria» aprobada por el Estado Español no menciona el caso de los *niños perdidos* del franquismo, a pesar de que se trata del mayor caso de desaparición forzada específicamente infantil perpetrado en la Europa contemporánea. Siguiendo la experiencia comparada de otros países, procedería crear una comisión gubernamental de búsqueda de esos niños, que todavía mantienen razonables expectativas de vida, a fin de una rápida identificación que permita, siquiera al final de sus vidas, la reunificación de estas familias desgarradas por la dictadura.

Esperamos, finalmente, que no se pierda la oportunidad de declarar en los correspondientes procesos penales y de una vez por todas, la naturaleza delictiva, en el contexto de lo que hoy conocemos como crímenes contra la humanidad, de las políticas represivas desarrolladas por las autoridades franquistas durante y después de la guerra civil.

MADRID, 28 DE MARZO DE 2009

Organizaciones miembros de MEDEL:

BÉLGICA: Association syndicale des Magistrats. CHIPRE: Cyprus Judges Association. REPÚBLICA CHECA: Soudcovska Unie Ěeské Republiky. Unie statnich zastupcu Ěeske republiky. FRANCIA: Syndicat de la Magistrature. ALEMANIA: Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft VER.DI (Fachausschuss Richter und Staatsanwälte), Neue Richtervereinigung (NRV). GRECIA: Eteria Elinon Dikastikon Litourgon gia ti Demokratia ke tis Elefteries. ITALIA: Magistratura democratica (MD), Movimento per la Giustizia. POLONIA: Iustitia, Association des procureurs de Pologne. PORTUGAL: Associação Sindical dos Juizes Portugueses ASJP, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ESPAÑA: Jueces para la democracia (JpD), Unión progresista de Fiscales (Upf). RUMANÍA: Uniunea Națională a Judecătorilor din România. SERBIA: Društvo sudija Srbije.

COMUNICADO ACERCA DE LA INTRODUCCIÓN DE LIMITACIONES EN EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, M.E.D.E.L. (Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades) y el Grupo de Estudios de Política Criminal¹, quieren manifestar lo siguiente:

1.- Los partidos políticos mayoritarios españoles (PSOE y PP), aprovechando el trámite de enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial, han acordado modificar —apresuradamente y sustrayéndolo del necesario debate— el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que consagra el principio de jurisdicción universal referido a determinados delitos, a fin de limitar su alcance.

2.- El principio de justicia universal —con fundamento en la defensa descentralizada de los intereses y valores de la comunidad internacional en su conjunto, y no en los puramente estatales o particulares— es una conquista irrenunciable de toda sociedad democrática y un avance decisivo en la defensa de los derechos humanos universalmente reconocidos en una sociedad global como la contemporánea.

3.- El derecho internacional vigente impone a todos los Estados la obligación de perseguir los crímenes contra humanidad, se produzcan donde se produzcan y al margen de la nacionalidad de los agresores y de sus víctimas, toda vez que conductas tan odiosas —que, además, quedan en la impunidad— trascienden a las víctimas y ofenden a toda la humanidad porque ponen en peligro los principios generales de civi-

¹ Al mismo se ha adherido la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH).

lización consagrados por las normas protectoras de los derechos humanos fundamentales.

4.- España, como país pionero, debe sentirse orgullosa de la asunción por sus tribunales de la universalidad de su jurisdicción penal ya que expresa su compromiso con el carácter universal de los derechos humanos. Los términos en los que está recogido actualmente este principio en la legislación española —y en los tratados internacionales en los que es parte— ha permitido la persecución de los más graves ataques institucionalizados contra los derechos humanos con la condena y castigo de un buen número de criminales así como evitado que otros puedan moverse impunemente por el mundo sin la posibilidad de refugiarse por supuesto en territorio español.

5.- Es cierto que la irrestricta vigencia de dicho principio añade leña al fuego de la sobrecarga del sistema judicial español, pero en este caso engrandece la calidad democrática del mismo y la altura moral de España en su compromiso colectivo con la defensa de los derechos humanos, en particular respecto de aquellos supuestos de criminalidad de Estado cuya persecución efectiva en el país donde se han producido resulta inexistente y altamente improbable. Este compromiso es aún mayor si cabe en tanto no exista un tribunal penal internacional que pueda ejercer su jurisdicción de modo eficaz y efectivo.

6.- Resulta ciertamente preocupante que nuestros responsables políticos se hayan decidido a plantearse la introducción de limitaciones en la legislación vigente al socaire de asuntos que afectan a potencias mundiales. Bien parece que la necesidad de limitar la protección de los derechos humanos surja solamente ante los poderosos.

MADRID, 25 DE MAYO DE 2009.

